

Sygn. akt:KIO 3088/24
KIO 3187/24
KIO 3188/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka
Rafał Malinowski
Ernest Klauziński
Protokolanci:Rafał Komoń
Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18 września, 3 października oraz 14 października 2024 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A.w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (KIO 3088/24),
- B.w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (KIO 3187/24),
- C.w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie (KIO 3188/24),

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Prokuraturę Krajową

przy udziale uczestników:

- 1.po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 3088/24, wykonawcy Comarch Polska S.A. w Krakowie;
- 2.po stronie Odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 3187/24, wykonawców:
 - A.Comarch Polska S.A. w Krakowie,
 - B.Eviden Polska S.A. w Warszawie,
- 3.po stronie Odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 3188/24, wykonawców:
 - A.Asseco Poland S.A. Rzeszowie,
 - B.Eviden Polska S.A. w Warszawie,

orzeka:

KIO 3088/24

- 1.umarza postępowanie w części, tj. co do zarzutów 1 i 5 odwołania;
- 2.uwzględnia odwołanie w części, tj. co do zarzutu 2 i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie postanowień, z których będzie wynikać, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia wykonawcy odpowiednich uprawnień w zakresie autorskich praw majątkowych niezbędnych do świadczenia usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego w pełnym zakresie wynikającym z SWZ, w tym do naprawy Błędów i usuwania Wad;
- 3.w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
- 4.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego i:
 - 4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2.rodziela wpis stosunkowo 1:2, zasądzając od Zamawiającego, Prokuratury Krajowej na rzecz Odwołującego, Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy);
 - 4.3.koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników znosi wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym.

KIO 3187/24

- 1.umarza postępowanie w części, tj. co do zarzutów 3-9, 11-15, 17, 18, 20, 21, 23-26 odwołania;
- 2.uwzględnia odwołanie w części, tj. co do zarzutów 16, 19 i 22 i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień wzoru Umowy poprzez:
 - 2.1.doprecyzowanie w § 5 ust. 4, że obowiązek poddania się kontroli nie dotyczy sytuacji, gdy podmiot trzeci zajmuje się interesami konkurencyjnymi wobec wykonawcy, ani gdy podmiot ten działa w imieniu lub na rzecz takiego podmiotu;

- 2.2.wykreślenie w § 6 ust. 13: „wyłącznie jeśli osoba wskazana jako członek Personelu Kluczowego nie jest w stanie wykonywać swoich obowiązków z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, takich jak choroba, urlop macierzyński lub wychowawczy lub ustanie stosunku pracy lub innej podstawy prawnej zatrudnienia.”;
- 2.3.zastrzeżenie w § 11 ust. 2, że kary umowne w przypadku tego samego zdarzenia nie podlegają sumowaniu;
- 3.w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
- 4.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego i:
- 4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4.2.rozdziela wpis stosunkowo 3:5, zasądzając od Zamawiającego, Prokuratury Krajowej na rzecz Odwołującego, Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, kwotę 5 625 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset dwadzieścia pięć złotych zero groszy);
- 4.3.koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników znosi wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym.

KIO 3188/24

- 1.umarza postępowanie w części, tj. co do zarzutów 2, 3, 5 i 6 odwołania;
- 2.uwzględnia odwołanie w części, tj. co do zarzutu 2 i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie postanowień, z których będzie wynikać, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia wykonawcy odpowiednich uprawnień w zakresie autorskich praw majątkowych niezbędnych do świadczenia usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego w pełnym zakresie wynikającym z SWZ, w tym do naprawy Błędów i usuwania Wad;
- 3.oddala odwołanie;
- 4.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
- 4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4.2.rozdziela wpis stosunkowo 1:2, zasądzając od Zamawiającego, Prokuratury Krajowej na rzecz Odwołującego, Comarch Polska S.A. w Krakowie, kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy);
- 4.3.koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników znosi wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3187/24, KIO 3188/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług utrzymania oraz rozwoju Systemu PROK-SYS”, znak sprawy: 1001-10.261.23.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 września 2024 r., pod nr: 2024/S 178-548377. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

KIO 3088/24

W dniu 26 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A. w Rzeszowie od czynności Zamawiającego, polegających na sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) z naruszeniem przepisów prawa oraz zaniechaniu udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania w dniu ogłoszenia o zamówieniu .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 18 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”) w zw. z art. 133 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez (opisane szczegółowo w

uzasadnieniu) bezzasadne niezapewnienie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu na platformie bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do pełnej treści SWZ, tj. Wzoru umowy oraz Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), mimo iż ograniczenie dostępu do tych dokumentów nie powinno mieć miejsca, gdyż Wzór umowy i OPZ nie mają poufnego charakteru, a brak ich udostępnienia na stronie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania, wskutek czego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- 2.art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez (opisany szczegółowo w uzasadnieniu) opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, przez wskazanie w zakresie utrzymania rozwiązania gotowego firmy TIMSI, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców;
- 3.art. 128 ust. 5 PZP w związku z art. 112 ust. 1 PZP, poprzez brak wymogu określenia w Formularzu 3.6 „Wykaz usług” podmiotu, który jest w posiadaniu informacji oraz dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji;
- 4.art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 16 pkt 1 PZP, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz w sposób umożliwiający naruszenie zasad uczciwej konkurencji;
- 5.art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, poprzez określenie w Rozdziale V. SWZ warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, poprzez określenie w pkt 7.2.2. SWZ w sposób nieuzasadniony wymagań dla poszczególnych osób (ról), wskazujących na rozwiązania konkretnego producenta, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, a w razie nieuwzględnienia ww. żądania, nakazanie dokonania modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu – szczegółowo w każdym zarzucie.

Ponadto, wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Na rozprawie dnia 3 października 2024 r. złożył fakturę kosztową na kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W tym samym terminie, Zamawiający przedstawił fakturę na kwotę 10 800 zł, w tym kwotę 3 600 zł obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 3088/24.

Jak uzasadnił w odwołaniu, w dniu 16 sierpnia 2024 r., Zamawiający, za pośrednictwem platformy zakupowej e-Zamówienia, udostępnił część dokumentacji postępowania. Następnie, w dniu 21 sierpnia 2024 r. Zamawiający udostępnił kolejną część dokumentacji postępowania (całość dokumentacji nie została udostępniona do dnia wniesienia odwołania). Niniejszym odwołaniem objęto dokumentację udostępnioną w dniu 16 sierpnia 2024 r. oraz niewielki zakres dokumentacji udostępnionej w dniu 21 sierpnia 2024 r. Pozostała część Odwołujący objął odwołaniem w sprawie o sygn. KIO 3187/24.

W tym kontekście, Odwołujący sformułował zarzut nr 1, dotyczący Rozdziału III pkt 4 SWZ. Jego zdaniem, zastrzeżenie dostępu do dokumentów zamówienia, zawarte w pkt 5.1.11 SWZ, Zamawiający uzasadnił lakonicznym, gołosłownym i niepopartym żadnymi argumentami stwierdzeniem, że przedmiotowe działanie wynika z „Ochrony informacji szczególnie chronionych”, zaś zasada jawności postępowania jest „jednym z podstawowych instrumentów służących poszanowaniu zasady przejrzystości oraz umożliwiający zapewnienie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców i każdy przypadek jej niezastosowania powinien znaleźć swoje uzasadnienie”, przez co możliwość skorzystania z uprawnienia z art. 133 ust. 3 PZP wymaga wykazania przez zamawiającego, iż zastrzeżone informacje mają charakter poufny. W ocenie Odwołującego, tego obowiązku Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wypełnił. Wg Asseco Poland istotne jest, że „System Informatyczny PROK-SYS, którego utrzymanie jest przedmiotem niniejszego postępowania, został zbudowany i wdrożony przez Zamawiającego w ramach realizacji projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych w Sprawach Karnych (iSDA 2.0)”, a co za tym idzie, Zamawiający już w październiku 2018 roku upublicznił informacje związane z posiadanym oprogramowaniem, w oparciu o które należy zbudować system PROK – SYS, jak również dane o obszarach funkcjonalnych, które system PROK – SYS zobowiązany jest spełniać. Powyższe informacje w sposób szczegółowy zostały opisane wówczas w Załączniku nr 1 i 2 do zapytania skierowanego do wykonawców w ramach rozeznania rynku oraz w celu oszacowania wartości. Wspomniane dokumenty dostępne są na stronie internetowej Zamawiającego (...). Kolejno Zamawiający udostępnił ww. informacje w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego, obejmującego swym zakresem budowę i wdrożenie systemu PROK – SYS- (...).” Odwołujący nie znalazł również podstaw do zastrzeżenia poufności Załączników do SWZ i do OPZ, bowiem jego zdaniem, w zakresie dotyczącym: „1) Załącznika nr 1 do SWZ - Szczegółowy OPZ – dokument ten zawiera ogólne informacje, doprecyzowujące warunki usług, będących przedmiotem postępowania; 2) Załącznika nr 1.2 do OPZ - Podręcznik Użytkownika Wewnętrznego Systemu PROK – SYS – jest to klasyczny podręcznik użytkownika, nie zawiera danych logowania, ani opisów infrastruktury (jedynie sposób logowania); 3) Załącznika nr 1.3 do OPZ - Podręcznik Użytkownika Portalu Zewnętrznego Prokuratury – z tożsamyh powodów jak wskazane w pkt 2; 4) Załącznika nr 3 do OPZ – Wykaz komponentów PROK-SYS - wykaz ten zawiera wyłącznie listę komponentów aplikacyjnych i nie zawiera informacji poufnych; 5) Załącznika nr 6 do OPZ – Procedury Podsystemu Wsparcia Eksploatacji i Helpdesk – jak sam Zamawiający wskazał w tym Załączniku, Procedury zostały przygotowane z uwzględnieniem zbioru najlepszych praktyk zarządzania usługami IT ITIL, które są wspierane przez wdrożone oprogramowanie ITSM. ITIL (IT Infrastructure Library) to kodeks postępowania dla działów informatyki. To zbiór dobrych praktyk, jak efektywnie i skutecznie oferować usługi informatyczne. ITIL jest zarejestrowanym znakiem towarowym OGC (Office of Government Commerce). 6) Załącznika nr 7 do OPZ – Dokumentacja powykonawcza Podsystemu Wsparcia eksploatacji i Help Desk (PWEiH) – System PWEiH realizuje procesy wg zbioru najlepszych praktyk zarządzania usługami IT ITIL, które są wspierane przez wdrożone oprogramowanie. Dokumentacja opisuje typowe procesy serwisowe (utrzymaniowe) i nie zawiera informacji poufnych ani specyficznych dla Prok-Sys. 7) Załącznika nr 9 do OPZ – Zasady modelowania – dokument zawiera zasady przyswiecające tworzeniu modelu i służy zapewnieniu jakości produktów; 8) Załącznika nr 10 do OPZ – Wykaz Dokumentacji Systemu PROK – SYS – jak sama nazwa wskazuje, w tym Załączniku wymieniono dokumenty opisujące system – wskazano ich nazwy i liczbę stron; 9) Załącznika nr 11 do OPZ - Zestawienie zleceń rozwojowych w trakcie realizacji – dokument opisuje przedmiot realizowanych aktualnie zleceń rozwojowych w sposób bardzo ogólny, ponownie bez informacji o charakterze poufnym.” Podobnie, zdaniem Asseco Poland, Wzór umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) nie powinien podlegać utajnieniu bowiem jego postanowienia nie odbiegają od umów standardowo stosowanych przez zamawiających i mógłby znaleźć zastosowanie jako wzór umowy dla innych zamówień na świadczenie usług utrzymania i rozwoju systemów informatycznych. Co więcej, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający do dnia dzisiejszego nie udostępnił Odwołującemu pełnej dokumentacji systemu. Odwołujący podniósł również, że zakres zamówienia na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie został przez Zamawiającego określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, gdyż finalny „kształt” systemu będzie znany dopiero za kilka miesięcy. Jak wynika bowiem z Załącznika nr 11 do SWZ aktualnie prowadzone są prace rozwojowe systemu w zakresie dotyczącym 18 usług rozwojowych. Jak wskazano w odwołaniu, nieuprawnione ograniczenie dostępu wykonawców do dokumentów koniecznych do przygotowania oferty stanowi faworyzowanie wykonawcy aktualnie utrzymującego system PROK – SYS, który od momentu ogłoszenia o zamówieniu ma wiedzę, którą inni wykonawcy mogli pozyskać dopiero później, po spełnieniu warunków formalnych. Skróceniu dla tych wykonawców uległ także czas na zapoznanie się z dokumentami postępowania i na zadawanie pytań oraz generalnie czas na przygotowanie oferty. W efekcie, zdaniem Odwołującego, postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, skoro ma ona charakter nieusuwalny. Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 PZP.

W zakresie zarzutu 2, Odwołujący Asseco Poland podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wskazanie w zakresie utrzymania rozwiązania gotowego firmy TIMSI, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców. Oprogramowanie to, wskazane wprost w OPZ jest oprogramowaniem „Gotowym” w ramach podziału rodzajów oprogramowania użytkowanego w ramach zamówienia. Zgodnie z OPZ ma być ono utrzymane na takich samych zasadach jak „Dedykowane”, do którego Zamawiający posiada prawa autorskie majątkowe i które ma być utrzymywane w pełnym zakresie, jednak w tym pierwszym przypadku, Zamawiający nie zapewnia wykonawcy prawnych i faktycznych możliwości świadczenia usługi utrzymania i rozwoju dla takiego oprogramowania z uwagi np. na brak stosownych uprawnień licencyjnych. W załączniku nr 2 do OPZ – Wykaz i charakterystyka Podsystemów PROK-SYS w tabeli, nie wymienione podsystemy objęte usługą utrzymania, poza oprogramowaniem dedykowanym, składa się cały szereg aplikacji stanowiących oprogramowanie gotowe na licencji firmy komercyjnej TIMSI. Odwołujący zwrócił uwagę na konkretne zobowiązania wynikające z OPZ, które obligują wykonawców do świadczenia pełnej usługi utrzymania (także naprawy błędów) wobec oprogramowania Gotowego (TIMSI), zawarte np. w Załączniku nr 1 do OPZ pkt 3.3.2.1 lub pkt 3.3.3 ppkt c) zobowiązujące do naprawy Błędów i Wad oraz dostosowywania oprogramowania do zmian wynikających z modyfikacji. Wobec powyższego, wykonawca będzie zmuszony do nabycia oprogramowania TIMSI wraz z określonymi usługami od komercyjnej firmy IT, w celu złożenia oferty. Stanowi to – zdaniem Asseco Poland – poważne ograniczenie

konkurencji. Zdaniem Odwołującego, Jeżeli Zamawiający chce, aby wykonawca utrzymywał Oprogramowanie Gotowe wraz z naprawą błędów, zobowiązany jest zapewnić wykonawcy warunki do realizacji takich usług, w tym upoważnić go w oparciu o licencję od TIMSI m.in. do ingerencji w kod źródłowy oraz zapewnić warunki faktyczne, tj. realność wykonania usług. „Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie zapewnia również wykonawcom udzielenia licencji na oprogramowanie niezbędne do stworzenia i utrzymania odpowiednich środowisk testowych, co faworyzuje TIMSI (jeżeli złoży ofertę) lub podmiot blisko współpracujący z TIMSI, gdyż oprogramowaniem niezbędnym do stworzenia jak i utrzymania środowiska testowego jest oprogramowanie TIMSI. W związku z tym uznać należy za zasadne, aby Zamawiający zapewnił na swój koszt wszelkie licencje do oprogramowania niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia.” Odwołujący określił tę sytuację określeniem Vendor Lock-in, która według niego jest krytykowana, powołał się w tym zakresie na rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na system informatyczny” Tom II „OPZ i przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na system informatyczny” (dostępne na stronie UZP). Dodał, że wskazywał na to ryzyko Zamawiającemu już na etapie rozeznania rynku. Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) zmiany w Załączniku nr 1 do SWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, dalej: „SOPZ”) zakresu obowiązków wykonawcy w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego, poprzez wskazanie, że wykonawca nie będzie zobowiązany do naprawy błędów i usuwania wad Oprogramowania Gotowego, 2) zapewnienia wykonawcy licencji do Oprogramowania Gotowego, umożliwiających zestawienie środowisk u Wykonawcy oraz świadczenie usług w zakresie wskazanym w zdaniu powyższym, 3) odpowiednie dostosowanie pozostałych elementów dokumentacji postępowania, ewentualnie (żądanie alternatywne) nakazanie Zamawiającemu zapewnienia w SWZ, że posiada odpowiednie uprawnienia (np. prawa autorskie majątkowe) oraz gwarantuje realną możliwość świadczenia usług dla Oprogramowania Gotowego tak jak dla Oprogramowania Dedykowanego, poprzez udzielenie szerokiej licencji wykonawcy (wraz z możliwością modyfikacji kodów źródłowych i udostępnieniem pełnej dokumentacji analitycznej, technicznej) Oprogramowania Gotowego, która ubędzie uprawniać wykonawcę do świadczenia usług utrzymania w pełnym zakresie, wynikającym z SWZ.

Co do zarzutu 3 odwołania odnoszącego się do wywodzonego przez Odwołującego z art. 128 ust. 5 w zw. z art. 112 ust. 1 PZP wymogu określenia w Formularzu 3.6 „Wykaz usług” podmiotu, który jest w posiadaniu informacji oraz dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji, Asseco Poland wskazał, iż w pozycji Wykazu usług pt. „Nazwa (firma) i adres Zamawiającego, dla którego wykonano zamówienie” należy zawsze wpisać rzeczywistego użytkownika systemu, a nie podmiot pośredniczący, u którego system nie został przecież wdrożony. W ocenie Odwołującego, obecne brzmienie Wykazu jest niewystarczające wobec praktyki, jaka jego zdaniem upowszechnia się w ostatnim czasie, w przedstawianiu wiedzy i doświadczenia w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. „Otóż wykonawcy w wykazach usług nie podają rzeczywistych beneficjentów, rzeczywistych użytkowników systemów – ale podają podmiot pośredniczący, który nie korzysta ani nie użytkuje systemu referencyjnego. Oczywiście jest, że taki podmiot nie może potwierdzić prawidłowości wykonania danego systemu, ani też nie może potwierdzić jego rzeczywistych cech architektonicznych (wykorzystywanych technologii) czy parametrów eksploatacyjnych (np. liczby użytkowników). Co więcej – w ramach wskazanej praktyki wskazywane są takie projekty referencyjne, które realizowane przez spółki z grupy kapitałowej danego wykonawcy – a zatem pozyskiwanie jakichkolwiek informacji o projekcie na mocy art. 128 ust. 5 PZP od takiego podmiotu jest obarczone brakiem obiektywności.” Ponadto, Odwołujący podniósł, iż analogiczne zarzuty były już przedmiotem badania w wyroku KIO 442/24, utrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy i Odwoławczy – Sąd Zamówień Publicznych, sygn. akt XXIII Zs 59/24, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że domaganie się przez zamawiającego podania w wykazie usług faktycznych danych o podmiocie użytkującym system jest zarówno dozwolone jak i zasadne. Mając to na uwadze, Asseco Poland wniosło o nakazanie Zamawiającemu dodania w Załączniku nr 11 do SWZ – „Wykaz wykonanych usług” komentarza pod tabelą: „W sytuacji, w której Zamawiający, dla którego wykonano zamówienie, nie jest podmiotem, który rzeczywiście użytkuje system informatyczny w kolumnie „Zamawiającego, dla którego wykonano zamówienie” należy podać dane dla 2 podmiotów: a) Podmiot, z którym wykonawca ma zawartą umowę; b) Podmiot rzeczywiście użytkujący system – spełniający warunki: • co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w różnych lokalizacjach (miejscowościach) i/lub • posiadający minimum 2.000 użytkowników.”

Uzasadniając zarzut 4, Odwołujący podał, że wskazane w Rozdziale V pkt 8 ppkt 3 SWZ wymogi odnoszące się do

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie postanowienia dotyczące potwierdzenia przez członków Personelu Kluczowego posiadania określonych umiejętności w drodze przedstawienia określonych certyfikatów lub certyfikatów równoważnych narusza wskazane w zarzucie przepisy, bowiem definicja certyfikatu równoważnego zawarta w tym postanowieniu jest zdaniem Odwołującego nieostra i nieprecyzyjna. W szczególności, zdaniem Odwołującego, celem zachowania uczciwej konkurencji, konieczne wydaje się dookreślenie kręgu podmiotów uprawnionych do ich wystawiania w taki sposób, by zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji, w tym poprzez zapewnienie, że nie będzie możliwe przedstawienie certyfikatów równoważnych wystawionych np. przez samego wykonawcę albo podmiot z nim powiązany. Wobec tego, Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu zmiany przedmiotowego zdania SWZ w Rozdziale V pkt 8 ppkt 2 in fine w sposób następujący: „Przez certyfikat równoważny Zamawiający rozumie dokument potwierdzający nabycie podobnej wiedzy jak certyfikaty wskazane w odniesieniu do poszczególnych ról w procesie zakładającym formalną metodę weryfikacji wiedzy osoby legitymującej się dokumentem (np. egzamin weryfikujący wiedzę), przy czym wykluczone są dokumenty wystawione przez wykonawcę lub podmiot powiązany z wykonawcą.”

Zarzutom 5 Odwołujący objął niedopuszczalne, jego zdaniem, określenie w Rozdziale V SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób naruszający zasadę proporcjonalności poprzez określenie w pkt 7.2.2. SWZ w sposób nieuzasadniony wymagań dla poszczególnych osób (ról), wskazujących na rozwiązania konkretnego producenta, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zdaniem Asseco Poland, Zamawiający błędnie traktuje certyfikaty CCBA (Certification of Competency in Business Analysis) lub CBAP (Certified Business Analysis Professional) jako równoważne. Oba certyfikaty są zaawansowane i dedykowane dla wiodących analityków z doświadczeniem powyżej 7 lat. Wystawcą certyfikatów jest International Institute of Business Analysis z siedzibą w Kanadzie, lecz oba certyfikaty cechują znaczne różnice, na co Odwołujący wskazał szczegółowo w tabeli w odwołaniu, np. certyfikat CCBA potwierdza minimum 3.750 godzin doświadczenia zawodowego w obszarze analizy biznesowej w ciągu ostatnich 7 lat, w ramach tego doświadczenia minimum 900 godzin w każdym z 2 z 6 obszarów wiedzy przewodnika BABOK Guide lub minimum 500 godzin w każdym z 4 z 6 obszarów wiedzy BABOK Guide, zaś certyfikat CBAP – minimum 7.500 godzin doświadczenia zawodowego w obszarze analizy biznesowej w ciągu ostatnich 10 lat, w ramach tego doświadczenia minimum 900 godzin w 4 z 6 obszarów wiedzy przewodnika BABOK, łącznie co najmniej 3.600 z wymaganych 7.500 godzin. Odwołujący wyjaśnił, iż takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Według Odwołującego, nie ma żadnego uzasadnienia dla stawiania oczekiwań, aby w składzie kluczowego personelu znajdowało się aż 4 analityków biznesowych (wiodących) o najwyższych kwalifikacjach z tak zaawansowanymi certyfikatami szczególnie, że zgodnie z Załącznikiem nr 2 do OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - Wykaz i charakterystyka Podsystemów PROK-SYS – system PROK-SYS składa się 17 podsystemów, a rolę analityka biznesowego Zamawiający przypisał jedynie do 12 z tych 17 podsystemów, zaś nie oczekuje analityka dla pozostałych 5 podsystemów, w tym tak istotnych jak podsystem analizowania i raportowania czy podsystem OAS (na który składa się szereg modułów i aplikacji) oraz wymaga dedykowanego analityka biznesowego dla podsystemu e-Evidence, który jest podsystemem nieistotnym, „technicznym” służącym do integracji systemu PROK-SYS z systemem e-Evidence Komisji Europejskiej. Co więcej, Odwołując wskazał, iż skoro Zamawiający wymaga różnych certyfikatów, to nie wiadomo jak definiować i do czego odnosić warunek równoważności. Nadto, w składzie Kluczowego Personelu nie uwzględniono roli analityka systemowego, co może według Odwołującego skutkować koniecznością realizacji prac w obszarze analizy systemowej przez doświadczonych analityków biznesowych z zaawansowanymi certyfikatami, do czego nie są dedykowani ani przygotowani. Odwołujący Asseco Poland podniósł również w tym zakresie argument niezasadności ekonomicznej, wskazując, że analitycy posiadający tego typu certyfikaty stanowią wysoki koszt, a Zamawiający oczekuje aż 4 takich osób w składzie Personelu Kluczowego, nadto wykonawca zobowiązany jest do zachowania trwałości Personelu Kluczowego (Załącznik nr 2 do SWZ – wzór Projektowanych Postanowień Umowy), zaś co najbardziej istotne wg Odwołującego, Zamawiający gwarantuje dokonanie zamówień na poziomie zaledwie 10% maksymalnej pracochłonności usług wsparcia eksperckiego i usług rozwoju, co nie uzasadnia utrzymywania tak zaawansowanego personelu, w takiej liczbie przez cały okres trwania umowy. W świetle powyższego, Asseco Poland wniosło o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian SWZ w ww. zakresie poprzez: zwiększenie liczby analityków z 4 do 8, dodanie roli Analityka wiodącego (1 osoba) legitymującego się certyfikatem CBAP, który będzie odpowiedzialny za prace analityczne w projekcie i nadzór nad pozostałymi analitykami dedykowanymi dla poszczególnych obszarów dziedzinowych systemu, ograniczenie analityków biznesowych do 3 wraz z modyfikacją wymagań, dodanie roli Analityka systemowego (4 osoby), a w konsekwencji zmianę brzmienia postanowienia pkt 8 ppkt 2 lit. e) Rozdziału V SWZ na następujące:

e1) Analityk Wiodący

Pozycja	Wymaganie
---------	-----------

Rola	Analitik Wiodący
Liczba specjalistów	1
Wymagane doświadczenie	W ciągu ostatnich 5 lat realizował zadania w min. 3 projektach o wartości min. 2 mln zł każdy, w których pełnił ww. rolę Wiodącego lub Starszego Analityka Biznesowego. Posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży informatycznej, rozumiane jako staż pracy w podmiotach świadczących usługi informatyczne. W ciągu ostatnich 3 lat brał udział w minimum jednym projekcie budowy lub utrzymania i rozwoju systemu informatycznego wspierającego procesy biznesowe z zakresu postępowań sądowych lub prokuratorskich w roli Projektanta/Eksperta/Starszego/Wiodącego Analityka Biznesowego.
Wymagana wiedza i umiejętności	a) analiza biznesowa b) zarządzanie i negocjowanie wymagań c) modelowanie wykorzystując notację UML i BPMN d) wsparcie w projektowaniu relacyjnych baz danych i aplikacji opartych o SOA e) posługiwanie się narzędziem Sparx Systems Enterprise Architect/Visual Paradigm f) stosowanie metodyk testowania g) pozyskiwanie i dokumentowanie wymagań h) zarządzaniem defektami (standardy ISTQB lub REQB lub IREB)
Wymagane certyfikaty	Certyfikat IIBA Certified Business Analysis Professional (CBAP) lub równoważny

e2) Analitik Biznesowy

Pozycja	Wymaganie
Rola	Analitik Biznesowy
Liczba specjalistów	3
Wymagane doświadczenie	W ciągu ostatnich 3 lat realizował zadania w min. 3 projektach, w których pełnił rolę Analityka Biznesowego W ciągu ostatnich 3 lat brał udział w minimum jednym projekcie budowy lub utrzymania i rozwoju systemu informatycznego wspierającego procesy biznesowe z zakresu postępowań sądowych lub prokuratorskich w roli Analityka/Eksperta/Starszego/Wiodącego Analityka Biznesowego.
Wymagana wiedza i umiejętności	a) analiza biznesowa b) zarządzanie i negocjowanie wymagań c) modelowanie wykorzystując notację UML i BPMN d) posługiwanie się narzędziem Sparx Systems Enterprise Architect/Visual Paradigm e) stosowanie metodyk testowania f) pozyskiwanie i dokumentowanie wymagań

Wymagane certyfikaty	• OMG-Certified UML Professional (OCUP/OCUP2) - Advanced Level lub równoważny • Zaświadczenie lub dyplom lub certyfikat lub inny dokument potwierdzający ukończenie szkolenia lub kursu z analizy biznesowej BABOK lub równoważny
----------------------	--

e3) Analityk Systemowy

Pozycja	Wymaganie
Rola	Analityk Systemowy
Liczba specjalistów	4
Wymagane doświadczenie	W ciągu ostatnich 3 lat realizował min. 2 projekty o wartości min. 1 mln zł każdy, w których pełnił ww. rolę specjalisty Analityka Systemowego Minimum 4-letnie doświadczenie w roli Analityka Systemowego
Wymagana wiedza i umiejętności	a) analiza systemowa b) modelowanie wykorzystując notację UML i BPMN c) wsparcie w projektowaniu relacyjnych baz danych i aplikacji opartych o SOA d) testowanie systemów e) tworzenie specyfikacji systemowych f) posługiwanie się narzędziem Sparx Systems Enterprise Architect lub Visual Paradigm.
Wymagane certyfikaty	OMG-Certified UML Professional (OCUP/OCUP2) lub równoważny

W odpowiedzi z dnia 17 września 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, nie zgadzając się z treścią odwołania i zaprzeczając wszelkim twierdzeniom w nim zawartym. W odniesieniu do zarzutu 1 wskazał, że w przepisach Pzp, a w szczególności w tych powołanych przez Odwołującego brak jest regulacji, które zawierałyby obowiązek wykazania poufnego charakteru zastrzeganych informacji. Wyjaśnił nadto, iż: „Podejmując decyzję o zakresie dokumentów ujawnianych w ramach postępowania Zamawiający uwzględnił zakres usług realizowanych przez System PROK-SYS oraz powiązane z nim ewentualne niebezpieczeństwo przełamania zabezpieczeń Systemu, a także skutki takich naruszeń. (...) System PROK-SYS realizuje usługi informatyczne związane z prowadzeniem postępowań przygotowawczych w sprawach karnych przez 433 jednostki organizacyjne prokuratury (Prokuratury Rejonowe, Prokuratury Okręgowe, Prokuratury Regionalne i Prokuraturę Krajową). (...) W Systemie znajdują się dane dotyczące kilku milionów spraw karnych (...). System realizuje szereg usług dla jego użytkowników, z których najbardziej newralgiczne dla postępowania karnego są: gromadzenie szczegółowych danych spraw – obejmujących m.in. dane osobowe pokrzywdzonych, świadków, podejrzanych i innych osób, gromadzenie zdigitalizowanych akt postępowań, umożliwienie komunikacji z systemami zewnętrznymi. W związku z tymi usługami w ramach Systemu gromadzone są ogromne ilości danych wrażliwych, w tym dane dotyczące pokrzywdzonych, dane osobowe świadków, informacje o karalności osób, dane o dowodach rzeczowych, dane biegłych, dane o czynnościach podjętych w danym postępowaniu itp.” Zamawiający podkreślił, iż biorąc to pod uwagę, System ten jest szczególnie narażony na ataki podmiotów zainteresowanych zakłóceniem działania Systemu, ujawnieniem danych w nim zgromadzonych lub manipulacją treściami przechowanymi w Systemie. Powołał się na dane otrzymane z Biura Bezpieczeństwa Wewnętrznego Prokuratury Krajowej, z których wynika, że w roku 2023 i w pierwszej połowie 2024 roku miał miejsce cały szereg prób przełamania zabezpieczeń technicznych Systemu. Zamawiający uznał, że informacje na temat procesów realizowanych w związku z utrzymaniem oraz rozwojem systemów informatycznych prokuratury, zawarte np. we wzorze umowy lub też innych dokumentach, mogą być wykorzystywane do przełamania zabezpieczeń Systemu przy wykorzystywaniu metod socjotechnicznych. W tym kontekście, zdaniem Zamawiającego, poufny charakter zastrzeżonych należy odnosić nie tylko po poszczególnych pojedynczych informacji, ale również rozpatrywać go w kontekście całości informacji dotyczących zarówno aspektów technicznych, jak też organizacyjnych, związanych z funkcjonowaniem Systemu oraz procesów związanych z rozwojem i utrzymaniem Systemu. W ocenie Zamawiającego, nietrafny jest argument Odwołującego, że brak zastrzeżenia poufności informacji udostępnionych w

postępowaniu na budowę wdrożenia Systemu PROK-SYS oznacza, że obecnie zbędne jest zastrzeżenie informacji udostępnianych w niniejszym postępowaniu, gdyż są to postępowania odmienne, skoro informacje zawarte w dokumentacji postępowania z 2018 r. miały jedynie charakter wymagań Zamawiającego, w oparciu o które Wykonawca miał zbudować konkretne rozwiązanie techniczne, zaś informacje zastrzeżone obecnie stanowią informacje techniczne oraz organizacyjne dotyczące funkcjonowania użytkowanego konkretnego systemu informatycznego, który został już stworzony. Co więcej, od momentu dokonania odbioru Systemu w grudniu 2021 r. wdrożone zostały liczne zmiany w odniesieniu do funkcjonalności, jak również rozwiązań technicznych Systemu. Zamawiający wskazał również, że wszystkie dokumenty zostały udostępnione Odwołującemu zgodnie z SWZ. Zdaniem Zamawiającego, który powołał się w tym względzie m.in. na pkt 3.2.2. ppkt 1 OPZ, Odwołujący pominął, iż udostępnieniu nie podlegały na tym etapie wszystkie dokumenty składające się na Dokumentację Systemu. „Informacje zawarte w tych dokumentach które nie zostały udostępnione Odwołującemu (np. dokumentacja administratora lub scenariusze testów akceptacyjnych) nie są niezbędne do określenia zakresu obowiązków i wyceny Wykonawcy. Pierwszy z tych dokumentów określa procedury obowiązujące administratorów po stronie Zamawiającego, a drugi jest wykorzystywany w procesie testowania nowych wersji. W żadnym z nich nie są opisane właściwości Systemu ani sposób realizacji obowiązków Wykonawcy.” Z kolei, w związku z zarzutem Odwołującego, iż zakres prac nie został precyzyjnie określony ze względu na zamieszczenie wykazu niezakończonych, a wszczętych w momencie ogłoszenia postępowania prac rozwojowych – jak wskazał Zamawiający – uwzględniając interes Odwołującego w tym zakresie, w dniu 17 września 2024 r. zmodyfikował treść Załącznika 11 do OPZ, ujmując w nim pełny opis zleceń rozwojowych oraz określoną prędkość. Odnosząc się do żądania Odwołującego dotyczącego unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 PZP, Zamawiający wskazał, że w sytuacji stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia informacji z uwagi na brak walurowi tajemnicy zwyczajnie następuje ich ujawnienie, a nie tak daleko idący skutek, jakim jest unieważnienie całego prowadzonego postępowania. W odniesieniu do zarzutu 2 wyjaśnił, iż Zamawiający posiada licencje do poszczególnych komponentów podsystemów opierających się na Oprogramowaniu Gotowym, co jasno i wprost wynika ze wzoru Umowy. Tym samym niesłuszne są argumenty Odwołującego odnoszące się do zaistnienia sytuacji vendor lock-in. Zdaniem Zamawiającego, każdy podmiot realizujący usługi informatyczne jest w stanie świadczyć w oparciu o posiadane przez Zamawiającego uprawnienia licencyjne, usługi utrzymania oraz rozwoju Systemu PROK-SYS, również na zasadzie sublicencji. Jak wskazał: „W związku z powyższym nie ma podstaw do tego, aby wyłączać z obowiązków Wykonawcy, objętych przedmiotem zamówienia czynności usunięcia Błędu lub Wady, występujących na skutek funkcjonowania Oprogramowania Gotowego.” Zamawiający podkreślił ponadto, że podstawową funkcją umowy utrzymaniowej systemu informatycznego jest zapewnienie zamawiającemu prawidłowo działającego systemu. Co do zarzutu 3, Zamawiający wyjaśnił, iż w świetle art. 128 ust. 5 PZP, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów się o wyjaśnienia. Nie jest to obowiązek, który został nałożony na zamawiającego, zaś Odwołujący próbuje „zmusić” Zamawiającego, aby dopuścił wpisanie do Wykazu usług danych innego podmiotu niż Zamawiający na rzecz którego były realizowane usługi w ramach doświadczenia, którym legitymuje się Odwołujący, aby następnie za jego pośrednictwem był zobowiązany do weryfikacji danych podanych w ww. Wykazie. Tym samym, Zamawiający powołał się na brak wymogu określenia w Formularzu 3.6 pt. „Wykaz usług” innego podmiotu, gdyż przepis do którego referuje zarzut nie zawiera takiego zobowiązania po stronie Zamawiającego, a jedynie uprawnienie do skorzystania z niego w kontekście badania podmiotowych środków dowodowych. Ponadto, zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu wykazania przedstawionego w zarzucie 3 naruszenia. W kontekście zarzutu 4, zdaniem Zamawiającego, wykonawca Asseco nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisów, które powołuje w treści zarzutu, ani powiązania pomiędzy brakiem wykluczenia z definicji dokumentów wydanych przez wykonawcę lub podmiot powiązany z wykonawcą a naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Dodał, że to Zamawiający, jako gospodarz prowadzonego postępowania posiada przywilej kształtowania wymagań funkcjonujących w ramach prowadzonego postępowania, z poszanowaniem przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Podkreślił, że kluczowym przy badaniu równoważności nie jest rodzaj podmiotu wydającego dany certyfikat, a badanie zakresu wiedzy nabywanej w ramach procesu certyfikacji, do którego odwołują się warunki udziału w postępowaniu. Za niespójne logicznie – w zakresie zarzutu 5 – Prokuratura Krajowa uznała twierdzenia Odwołującego, który z jednej strony wskazuje, że nieproporcjonalnym jest żądanie od wykonawcy dysponowaniem w składzie zespołu 4 analitykami biznesowymi, a przy tym jednocześnie wnosi o zwiększenie liczby analityków do 8 osób, w tym jednego analityka wiodącego, trzech analityków biznesowych oraz 4 analityków systemowych. Wyjaśnił, iż: „(...) rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego nie obsługuje uzasadnionego interesu Zamawiającego, który na podstawie dotychczasowej praktyki identyfikuje potrzebę dedykowania co najmniej jednego analityka dla poszczególnych grup podsystemów, który po stronie Wykonawcy będzie dysponował wiedzą na temat procesów biznesowych, przebiegających w tych podsystemach. Jednocześnie ze względu na szeroki zakres procesów, które realizowane są za

pomocą Systemu PROK-SYS Zamawiający uznaje za niemożliwe nabycie wiedzy przez jedną osobę (analityka wiodącego) na temat wszystkich procesów realizowanych w Systemie. Ponadto Zamawiający nie widzi potrzeby angażowania postulowanych przez Odwołującego analityków systemowych, gdyż po analizie ich obowiązków wnioskować można że ich zadania powinny być realizowane przez architekta, który jest przewidziany jako osobna rola w zespole Wykonawcy.” Prokuratura Krajowa podkreśliła, iż przeprowadził analizę własnych potrzeb i wymagań, która ma odzwierciedlenie w określonym składzie i organizacji zespołu wykonawcy, w oparciu o prognozę rozwoju określonych podsystemów w przyszłości (przyszłe prognozowane potrzeby), co do których wykonawca nie ma wiedzy.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutu nr 3 zgłosił Comarch Polska S.A. w Krakowie. W piśmie procesowym z dnia 17 września 2024 r. wniósł o oddalenie zarzutu 3 odwołania Asseco Poland, wskazując, iż obecne odwołanie Asseco Poland jest czwartym z kolei, znanym Przystępującemu, odwołaniem tego wykonawcy w przedmiocie zarzucanego różnym zamawiającym rzekomego naruszenia przez nich PZP we wskazany sposób. Jak wskazał: „wykonawca ponawia, gdzie się da, te same zarzuty”, lecz co najbardziej istotne to to, że Asseco Poland wybiórczo wskazuje na zapadłe rozstrzygnięcia, ograniczając się do: „jedynego korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia Izby z dnia 29 lutego 2024 roku sygn. KIO 442/24 (oraz popierającym je orzeczenie Sądu XXXIII Zs 59/24), pomijając przeciwny wyrok Izby z dnia 24 lipca 2024r. sygn. KIO 2105/24.” Wg oceny Przystępującego, „uporczywe podnoszenie przedmiotowego zarzutu przez Odwołującego (w różnych postępowaniach o zamówienie) jest świadomie obroną praktyką Asseco, jak się wydaje wykreowania określonej, korzystnej utylitarnie wyłączenie dla Asseco (a nie bynajmniej dla Zamawiających) linii orzeczniczej, której końcowym efektem byłoby – gdyby utrzymał się kierunek orzecznicy orzeczenia KIO 442/24, a nie orzeczenia KIO 2105/24 - poszerzenie katalogu informacji, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w ofertach (...) - ponad zbiór informacji, przewidziany przepisami Pzp i Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych.” Na uzasadnienie swojego stanowiska, Comarch Polska powołał się na treść trzech odwołań Asseco Poland w tożsamych przedmiocie jak zarzut 3, tj.: 1) odwołanie w sprawie o sygn. KIO 3498/23 i następnie odwołanie Comarch Polska, sygn. KIO 3774/23, w postępowaniu prowadzonym przez ARIMR na Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”. Num referencyjny: DPIZP.2610.25.2023, w ramach którego żądanie Asseco Poland nie zostało uznane za zasadne; 2) odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 83/24, w postępowaniu prowadzonym przez ZUS na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”, znak postępowania: 993200/271/17/2023 oraz następnie oddalone odwołanie Comarch Polska o sygn. akt KIO 442/24, na które powołuje Odwołujący w obecnym odwołaniu (główną tezą tego orzeczenia jest uznanie, że informacje o użytkownikach końcowych mieszczą się pojęciu przedmiotu zamówienia „sensu largo”), a także oddalający skargę Comarch Polska wyrok Sądu Okręgowego – Sądu Zamówień Publicznych (sygn. akt XXIII ZS 59/24); 3) odwołanie w sprawie o sygn. KIO 2105/24 oddalone prawomocnym wyrokiem z dnia 24 lipca 2024 r. W odniesieniu do jedynego korzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia powołanego wyżej w pkt 2, Przystępujący zwrócił uwagę, iż charakter tego rozstrzygnięcia jest jednorazowy, wypadkowy, nie istnieje żadna ugruntowana linia orzecznicza i nie doszło – jak dowodzi Asseco – do żadnej „zmiany otoczenia prawnego. Comarch Polska podziela zaś w całości wywód prawny zawarty w uzasadnieniu wyroku Izby sygn. KIO 2105/24, dotyczący rozpoznania przedmiotowego zarzutu Asseco (powołanego wyżej w pkt 3). Wyjaśnił ponadto, iż jego zdaniem, praktyka „celowego i świadomego ukrywania przed Zamawiającymi” informacji w postępowaniu (o użytkownikach końcowych) nie istnieje, w tym sam Comarch Polska zaprzecza, by ukrywał przed Zamawiającymi odbiorców końcowych świadczonych usług, Zamawiający formułując treść Wykazu nie naruszył przepisów PZP, użycie wymaganych w rozszerzonym w tym zakresie Wykazie może mieć przeciwny skutek do zamierzonego oraz zarzut ten nie może być uwzględniony w oparciu o domniemane, hipotetyczne wątpliwości co do podmiotowych środków dowodowych ofert konkurentów jeszcze nie złożonych.

Dnia 17 września 2024 r. Odwołujący złożył replikę na pismo procesowe Comarch Polska. Zamawiający odniósł się zarówno do pisma procesowego Comarch Polska, jak też repliki Odwołującego – w piśmie procesowym z dnia 25 września 2024 r.

Pismem procesowym z dnia 26 września 2024 r., Asseco Poland oświadczyło, że cofa zarzut 5 dotyczący naruszenia art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, poprzez określenie w Rozdziale V. SWZ warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, poprzez określenie w pkt 7.2.2. SWZ w sposób nieuzasadniony wymagań dla poszczególnych osób (ról), wskazujących na rozwiązania konkretnego producenta, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na posiedzeniu dnia 3 października 2024 r., Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 18 ust. 1, 2, 4 oraz art. 133 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez bezzasadne niezapewnienie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu na platformie bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do pełnej

treści SWZ, tj. Wzoru umowy oraz Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ).

KIO 3187/24

W dniu 2 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A. w zakresie dotyczącym niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego, polegających na sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) z naruszeniem przepisów prawa.

Ww. czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1.art. 134 ust. 1 pkt 4 PZP, art. 99 ust. 1 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP poprzez brak udostępnienia kluczowych informacji bezpośrednio wpływających na oszacowanie kosztów świadczenia usługi Utrzymania oraz poprzez udostępnienie informacji o systemie w sposób uniemożliwiający oszacowanie nakładów pracy (a co za tym idzie kosztów) niezbędnych do poniesienia w Okresie Przejścia Systemu;
- 2.art. 99 PZP, art. 16 PZP, art. 355 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie długości Okresu Przejściowego w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Okresu Przejściowego w sposób niejasny, co prowadzi do naruszenia zasad przejrzystości postępowania, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3.art. 99 PZP, art. 16 PZP, art. 355 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie zobowiązań wykonawcy w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny, co prowadzi do naruszenia zasad przejrzystości postępowania, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4.art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczących zobowiązań wykonawcy w sposób otwarty, niedookreślony, uniemożliwiający skalkulowanie oferty przez wykonawcę;
- 5.art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym zobowiązań wykonawcy w sposób otwarty, niedookreślony, uniemożliwiający skalkulowanie oferty przez wykonawcę;
- 6.naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym zobowiązań wykonawcy w sposób otwarty, nadmiarowy, niedookreślony, uniemożliwiający skalkulowanie oferty przez wykonawcę;
- 7.art. 99 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez niejasny i otwarty opis przedmiotu zamówienia i ukształtowanie przesłanki odstąpienia od umowy w sposób naruszający zasady odpowiedzialności określone w Kodeksie Cywilnym;
- 8.art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 433 pkt 3) PZP w zw. z art. 471 Kodeksu cywilnego poprzez brak wyłączenia odpowiedzialności (tj. wstrzymania Czasu Naprawy) za błędy oprogramowania, które utrzymuje wykonawca w sytuacji, gdy Czas Naprawy ulega wydłużeniu z przyczyn niezależnych od wykonawcy w szczególności spowodowanych nieprawidłowym działaniem infrastruktury Zamawiającego (ITS);
- 9.art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób otwarty, niedookreślony, bez uwzględnienia koniecznych zobowiązań Zamawiającego, które umożliwiają wycenę oferty i realizację zamówienia przez wykonawcę;
- 10.art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez niezgodne z PZP określenie wymagań związanych z realizacją obowiązków dotyczących Oprogramowania Systemowego oraz innych produktów podmiotów trzecich, tj.:
 - 1)określenie obowiązków wykonawcy w sposób otwarty, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny i zrozumiały, co uniemożliwia rzetelną wycenę prac oraz
 - 2)błędne zaklasyfikowanie usług modyfikacji Systemu jako prac realizowanych w ramach wynagrodzenia za świadczenie usług utrzymania Systemu;
- 11.art. 99 PZP, art. 16 PZP, art. 355 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i dokonanie alokacji ryzyka niezidentyfikowania zakresu obowiązków w zakresie zarządzania ryzykiem na wykonawcę, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 12.art. 99 PZP, art. 16 PZP, art. 355 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i dokonanie alokacji ryzyka niezidentyfikowania zakresu obowiązków w zakresie zarządzania ryzykiem na wykonawcę, co prowadzi do naruszenia zasad przejrzystości postępowania, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności prowadzi do uprzywilejowania obecnego wykonawcy;
- 13.art. 99 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1 i 3 PZP, w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez określenie zakresu obowiązków wykonawcy w sposób całkowicie otwarty, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, a tym samym zachodzi niemożność oszacowania oferty;

- 14.art. 99 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1 i 3 PZP, art. 433 pkt 1 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego i art. 480 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez określenie zakresu i zasad zlecenia przez Zamawiającego wykonania niezbędnych czynności na koszt (i ryzyko) wykonawcy w sposób całkowicie dowolny oraz przewidzenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, co prowadzi do uznania Umowy w niezmienionym kształcie za naruszający równe traktowanie stron stosunku zobowiązaniowego oraz godzący w zasady ustawy PZP, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji;
- 15.art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 387 Kodeksu cywilnego poprzez określenie zobowiązań wykonawcy w sposób otwarty i niemożliwy do realizacji, m.in. w zakresie dostawy licencji na Oprogramowanie Gotowe i Oprogramowanie Systemowe, bez postanowień o rozliczaniu tych świadczeń;
- 16.art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c., art. 354 Kodeksu cywilnego w związku z art. 431 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez brak ograniczenia podmiotów mogących dokonywać kontroli, a co za tym idzie, mogących pozyskać wiedzę w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy;
- 17.art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 PZP poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia przewidującego zastrzeżenie, które wpływa na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, a przez to właściwe realizowanie Przedmiotu Umowy, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego przerzucania na wykonawcę obowiązku identyfikowania przedmiotu zamówienia, uniemożliwiając w znacznym stopniu złożenie przez wykonawców ofert w postępowaniu i wyliczenie ich cen;
- 18.art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 PZP, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niemożliwy do oszacowania kosztu realizacji oraz w sposób niemożliwy do realizacji, co powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności postępowania;
- 19.art. 431 PZP i art. 433 pkt 2) PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez niedopuszczalne ograniczenie zmiany składu Personelu, naruszające uczciwą konkurencję;
- 20.art. 462 PZP poprzez wymóg wskazania zamkniętej listy podwykonawców i uzależnienie możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy od zgody Zamawiającego;
- 21.art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 471 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie nieokreślonych reguł odpowiedzialności wykonawcy, które nie zostały zdefiniowane przez Zamawiającego, a których językowe brzmienie wskazuje na odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka, także niezależną od winy wykonawcy, co prowadzi do ryzyka przerzucania na wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie okoliczności, także takie za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;
- 22.art. 99 ust. 1 PZP i art. 433 pkt 3 PZP w związku 16 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy postanowienia, że kary umowne podlegają sumowaniu, są niezależne od siebie i należą się Zamawiającemu w pełnej wysokości nawet w przypadku, gdy z powodu jednego zdarzenia została naliczona więcej niż jedna kara umowna, co prowadzi do uznania Umowy w niezmienionym kształcie za naruszającą zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności oraz prowadzi do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego;
- 23.art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 387 Kodeksu cywilnego poprzez zobowiązanie wykonawcy do zapewnienia licencji na Oprogramowanie Gotowe lub Systemowe, podczas gdy wykonawca nie ma wpływu na to, czy producent Oprogramowania Gotowego lub Systemowego udzieli w ogóle licencji i na jakich warunkach, co czyni wskazane w Umowie postanowienia niemożliwymi do realizacji;
- 24.art. 99 ust. 1 i 4 PZP, art. 433 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez ustalenie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu czynności, jego podwójne sankcjonowanie oraz określenie tej kary w odniesieniu do niedookreślonej okoliczności faktycznej, co prowadzi do uznania Wzoru umowy w niezmienionym kształcie za naruszający przepisy ustawy PZP oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;
- 25.art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie kary umownej w sposób nieproporcjonalny do zakresu naruszenia i wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co prowadzi do uznania Wzoru umowy w niezmienionym kształcie za naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie stron stosunku zobowiązaniowego;
- 26.art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie kary umownej w sposób rażąco wygórowany i nieproporcjonalny do wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co prowadzi do uznania Wzoru umowy w niezmienionym kształcie za naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie stron stosunku zobowiązaniowego;
- 27.art. 439 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z

art. 8 ust. 1 PZP poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co prowadzi do uznania Wzoru umowy w niezmienionym kształcie za naruszającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;

28.art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez uregulowanie we wzorze Umowy takiej procedury wystawiania faktur, zgodnie z którą nie jest możliwe terminowe i zgodne z ustawą o podatku od towarów i usług wystawianie faktur za usługi.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący Asseco Poland wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu – szczegółowo w każdym zarzucie. Ponadto, Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Na rozprawie dnia 14 października 2024 r. przedstawił fakturę na kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W tym samym terminie, Zamawiający powołał się na złożoną fakturę na kwotę 10 800 zł, w tym kwotę 3 600 zł obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 3187/24.

Odwołujący – w zakresie zarzutu 1 – podniósł, że Zamawiający nie udostępnił mu całości dokumentacji. Jak podał, w dniu 16 sierpnia 2024 r. Zamawiający, za pośrednictwem platformy zakupowej e-Zamówienia, udostępnił część dokumentacji postępowania w tym Ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, szablon kalkulacji cenowej, wzory oświadczeń, oraz wzory Wykazów usług i osób, zaś w dniu 21 sierpnia 2024 r., za pośrednictwem rozwiązań Microsoft SharePoint oraz Microsoft OneDrive udostępnił Odwołującemu dwa załączniki do SWZ (wzór umowy oraz OPZ) oraz 17 załączników do OPZ. Zamawiający nie udostępnił Wykonawcy (ani za pośrednictwem platformy zakupowej, ani w żaden inny sposób) kodów źródłowych Systemu PROK-SYS. Zgodnie zaś z pkt 1.5 Załącznika nr 10 do OPZ – Wykaz Dokumentacji Systemu PROK-SYS, dostępna Dokumentacja Systemu powinna obejmować: PT-03 Projekt Wykonawczy Systemu PROK-SYS (1.360 stron), PT-04 Projekt wykonawczy Integracji (814 stron), PT-11 Scenariusze i przypadki Testów Akceptacyjnych Podsystemów (1.911 stron), PT-29 Dokumentacja powykonawcza Systemu PROK-SYS (3.285 stron), tj. łącznie 7.370 stron dokumentacji. Po przeanalizowaniu dokumentacji, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu: Scenariuszy i przypadków Testów Akceptacyjnych Podsystemów oraz Dokumentacji powykonawczej Systemu PROK-SYS, przy czym w ramach tej Dokumentacji udostępnił 1.815 z 2.546 stron PT-17 Podręcznik Użytkownika Wewnętrznego Systemu PROK-SYS_v2.32, zaś zamiast Podręcznika Libra v.0.7. udostępnił Podręcznik Użytkownika Portalu Zewnętrznego Prokuratury bez oznaczenia numeru wersji o liczbie stron 51 – prawdopodobnie inny dokument. Tj. łącznie, Zamawiający udostępnił Odwołującemu 3.989 stron dokumentacji zamiast 7.370 stron. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego niemożliwe jest sporządzenie oferty, zaś dodatkowo sytuacja to prowadzi do niedopuszczalnego faworyzowania obecnego Wykonawcy, który zbudował i aktualnie rozwija oraz utrzymuje System PROK-SYS. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) udostępnienia wykonawcom pełnej i aktualnej Dokumentacji Systemu PROK-SYS, w tym brakujących scenariuszy testowych i dokumentacji powykonawczej (w szczególności repozytorium EAP oraz dokumentacja administratora) w sposób umożliwiający swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich, 2) udostępnienia kodów źródłowych poprzez zapewnienie środków technicznych i organizacyjnych oraz wprowadzenie procedury zapoznania się z kodem źródłowym w siedzibie Zamawiającego w wymiarze nie mniejszym niż 32 godziny robocze przez nie mniej niż 4 pracowników wykonawcy, 3) ustalenie Terminu Składania Ofert minimum 4 tygodnie od dnia udostępnienia całości dokumentów i kodów źródłowych. Uzasadniając zarzut 2, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zdefiniował Okres Przejściowy zarówno w SOPZ (pkt 3.2.1. ppkt 3) jak też w Umowie, a ponadto w pkt 3.2.3 SOPZ zawarł bardzo szeroki katalog zobowiązań wykonawcy do zrealizowania w trakcie Okresu Przejściowego (de facto nieodpłatnego), w tym nie tylko typowe czynności, lecz również trzy czynności niezwiązane z przygotowaniem się wykonawcy do świadczenia usług objętych Umową – są to, zdaniem Odwołującego – usługi o konkretnej wartości, tj.: przygotowanie środowiska Repozytorium Usług UDDI w infrastrukturze Wykonawcy i Zamawiającego (lit. g), przeszkolenie administratorów Repozytorium Usług UDDI Zamawiającego (lit. h), dokonanie migracji środowiska projektowego oraz środowiska zarządzania testami wraz z jego zawartością merytoryczną (lit. j). Ponadto, w pkt 3.2.1 SOPZ zastrzegł, że z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług wykonawca powinien przejść odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu i jakość Dokumentacji Systemu. Skonkludował, iż mając na uwadze zakres systemu PROK-SYS oraz zakres czynności, które nowy wykonawca musi zrealizować w Okresie Przejściowym, długość Okresu Przejściowego wynoszącą 2 miesiące od dnia podpisania

Umowy należy uznać za zdecydowanie niewystarczającą, jednocześnie, jego zdanie, stawia to w uprzywilejowanej sytuacji dotychczasowego wykonawcę usług na rzecz Zamawiającego, który w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, płynnie przejdzie do realizacji kolejnej Umowy. Podniósł, iż standardem na rynku IT dla tak złożonych systemów IT jest, że Okres Przejściowy trwa 3-12 miesięcy i wskazał na przykładowe zestawienie innych postępowań prowadzonych przez ARiMR, ZUS i Lasy Państwowe. Ponadto, podkreślił, że Zamawiający w Umowie w § 5 pkt 14 zobowiązał się do przekazania pełnej dokumentacji systemu w ciągu 14 dni od podpisania umowy, zaś w odniesieniu do kodów źródłowych Zamawiający nie określił żadnego terminu ich przekazania – aby zaś możliwa była realizacja zobowiązań określonych przez Zamawiającego dla Okresu Przejściowego, to konieczne jest posiadanie przez wykonawcę pełnej dokumentacji systemu PROK-SYS oraz kodów źródłowych tego systemu. Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian: 1) wydłużenia Okresu Przejściowego do 6 miesięcy, 2) wprowadzenia terminu 7 dni od dnia zawarcia Umowy na: i. przekazanie całości kodów źródłowych ii. przekazanie całości dokumentacji systemu iii. nadanie uprawnień do środowisk i systemów informatycznych objętych przedmiotem usług z zastrzeżeniem, że niedochowanie w/w terminu powoduje zawieszenie trwania Okresu Przejściowego do czasu realizacji w/w obowiązków, 3) doprecyzowania w Załączniku 1 do SWZ pkt. 3.2.2. „Przekazanie wiedzy przez Zamawiającego” zakresu i wymiaru transferu wiedzy oraz zobowiązań Zamawiającego poprzez określenie przynajmniej: a. Wymiaru warsztatów b. Liczby osób, od których należy pozyskać wiedzę c. Dostępności osób/administratorów Zamawiającego, okien godzinowych, dni tygodnia d. Możliwych kanałów kontaktu oraz planowanej formy warsztatów, 4) w Załączniku 1 do SWZ w punkcie 3.2.3 Obowiązki Wykonawcy w Okresie Przejściowym w ppkt 1 usunięcie lit. g), h) i j) i przeniesienie tego zakresu usług na etap realizacji umowy po zakończeniu Okresu Przejściowego do usług eksperckich wraz z odpowiednią zmianą SWZ w zakresie usług eksperckich. W zakresie zarzutu 3, Odwołujący podniósł, że z interpretacji SOPZ pkt 3.2.1. wynika, że wykonawca ma przejąć odpowiedzialność nie tylko za System (co jest uzasadnione ze względu na świadczenie usług utrzymania), ale także za jakość dotychczas wytworzonej dokumentacji, a wg interpretacji Odwołującego, Zamawiający oczekuje również poprawienia posiadanej dokumentacji przez nowego wykonawcę, co jest zadaniem wykraczającym poza zakres usług utrzymania i nie nadającym się do wyceny na obecnym etapie postępowania, oznacza to również, że brak jest ustalonego punktu odniesienia wskazującego, jakie jest prawidłowe działanie Systemu. Nadto, z umiejscowienia tego postanowienia wynika, że obowiązek ten ciąży na wykonawcy w Okresie Przejściowym – co jest oczywiście sprzeczne z ideą Okresu Przejściowego, w którym wykonawca nie świadczy żadnych usług na rzecz Zamawiającego. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o: 1) zmianę postanowienia z Zał. 1 do SWZ pkt. 3.2.1 ustęp 4 poprzez usunięcie odpowiedzialności wykonawcy za jakość dokumentacji wytworzonej przez osobę trzecią: „4. Intencją Stron jest, aby Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług przejął odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu, niezależnie od faktu, czy poszczególne elementy Systemu zostały wytworzone przez Wykonawcę.”; 2) usunięcie treści ust. 4 z działu 3.2. „Przygotowanie do świadczenia usług. Przejęcie Systemu od dotychczasowego Wykonawcy w Okresie Przejściowym” i zamieszczenie jej w dziale 3.3.6 Wymagania związane ze świadczeniem Usługi Wsparcia eksperckiego wykonawcy. Przedmiotem zarzutu 4 Odwołujący uczynił zawarte w SOPZ oraz Umowie w Rozdziale „Definicje”, definicje „Błędu Krytycznego”, „Błędu Niekrytycznego” oraz „Błędu Niskiej Kategorii”. Zdaniem Odwołującego, są one niejednoznaczne i rażąco naruszają regulację art. 99 ust. 1 PZP, bowiem wykonawca po zapoznaniu się z definicjami nie wie, które okoliczności zostaną zakwalifikowane jako Błędy, a które nie, a jeśli zostaną zakwalifikowane jako Błędy, to której kategorii, nadto wykonawca nie jest w stanie oszacować liczby zgłoszeń błędów danej kategorii na podstawie danych historycznych bowiem nie zostały one skategoryzowane. Jak podniósł, obecnie Odwołujący nie ma możliwości oszacowania ceny oferty – koszty realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie usuwania Błędów są całkowicie niemierzalne i niemożliwe do oszacowania na etapie przygotowania oferty. Wobec tego Odwołujący wniósł o: 1) zmianę w Umowie oraz SOPZ definicji Błędu Krytycznego, Błędu Niekrytycznego i Błędu Niskiej Kategorii w sposób następujący:

Błąd Krytyczny	Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatowanej wersji, skutkujący: • uniemożliwieniem poprawnego wykorzystania Systemu lub jego niezbędnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych, • zakłóceniem pracy Systemu polegającym na istotnym ograniczeniu wydajności Systemu lub pracy Systemu, • działaniem Systemu prowadzącym do otrzymywania błędnych wyników przetwarzania danych, w tym mogący powodować lub powodujący utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności, brak możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie. Po udostępnieniu Obejścia Błąd Krytyczny staje się Błędem Niekrytycznym
Błąd Niekrytyczny	Nieprawidłowość działania Systemu polegająca na niemożliwości realizacji funkcjonalności w sposób wskazany w Dokumentacji Systemu (możliwość wykonania funkcjonalności istnieje wyłącznie w sposób alternatywny, przy zastosowaniu Obejścia) oraz zidentyfikowane w trakcie testów bezpieczeństwa naruszenia bezpieczeństwa na poziomie Medium oraz nadmierne obciążenie bazy danych, powodujące spadek wydajności jej przetwarzania i wynikające z nieprawidłowej architektury struktur baz danych (np. obciążenie generowane przez nieoptymalne zapytanie spowodowane brakiem indeksu lub indeksów na strukturach bazy danych, użycia błędnego typu zmiennej itp.) oraz brak możliwości uzyskania danych z systemów zewnętrznych w obszarze DRZ. Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatowanej wersji Systemu, nie powodujący zatrzymania procesu biznesowego, który prowadzi do: • utrudnionej realizacji procesów biznesowych; • utrudnienia efektywnego wykorzystania Systemu lub funkcjonalności Systemu; Po udostępnieniu Obejścia Błąd Niekrytyczny staje się Błędem Niskiej Kategorii.
Błąd Niskiej Kategorii	Stan Systemu, w którym część Systemu nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją aktualnie eksploatowanej wersji Systemu skutkiem czego zostały ujawnione błędy, które nie stanowią zagrożenia wykonania funkcji Systemu ale wpływają negatywnie na komfort pracy użytkownika, które prowadzą do nieergonomicznej pracy (np. format pól, brak walidacji, literówki, błędne nazwy, konieczność zbędnych „kliknięć”), utrudniające uzyskanie pożądanego rezultatu, itp. Jako Błąd Niskiej Kategorii należy rozumieć również nieprawidłowość działania Systemu zidentyfikowaną w trakcie testów bezpieczeństwa naruszenia bezpieczeństwa na poziomie Low i Info.

2) dodanie do SWZ statystyk błędów w podziale na kategorie Błędów definiowanych przez SOPZ. Przedmiotem zarzutu 5 Odwołujący uczynił z kolei, zawarte w SOPZ oraz w Umowie w Rozdziale „Definicje”, definicje: „Czasu Naprawy” oraz „Czasu Reakcji”, które jego zdaniem są nieścisłe i nieostre zaś, w połączeniu z zawartymi w pkt 3.3.2.5 SOPZ wymaganiami związanymi z naprawą Błędów i Wad stoi w sprzeczności z dodatkowymi obowiązkami wykonawcy, w szczególności bowiem do potwierdzenia lub wykluczenia istnienia Błędu lub Wady wymagana jest zaawansowana diagnoza, której nie wykonuje się w ramach Czasu Reakcji, to samo tyczy się przypisania lub wykluczenia odpowiedzialności za obsługę zgłoszenia.

Mając to na uwadze, Odwołujący wniosł o: 1) zmianę w SOPZ oraz Umowie Definicji „Czasu Naprawy” i „Czasu Reakcji” wraz z dodaniem definicji Zgłoszenia w sposób następujący:

Czas Naprawy	Okres czasu, jaki upłynie od momentu potwierdzenia otrzymania zgłoszenia przez Wykonawcę do momentu rozwiązania zgłoszenia, rozumianego jako usunięcie Błędu lub Wady, określony dla poszczególnych kategorii Błędów i Wad w pkt 3.3.2.4. OPZ, pomniejszony o okresy jego wstrzymania.
Czas Reakcji	Okres czasu, jaki upłynie od momentu przekazania zgłoszenia do Wykonawcy do momentu potwierdzenia otrzymania zgłoszenia przez Wykonawcę, określony dla poszczególnych kategorii Błędów i Wad w pkt 3.3.2.4. OPZ, pomniejszony o okresy jego wstrzymania.
Zgłoszenie	Pod pojęciem zgłoszenia rozumie się obiekt zarejestrowany w systemie zgłoszeniowym Zamawiającego zawierający opis Błędu lub Wady wraz z listą uszczegóławiających go parametrów min takich jak osoba zgłaszająca, czas wystąpienia, kategoria, podkategoria, komunikaty błędów, załączniki.

2) dodanie w punkcie 3.3.2.3 SOPZ nowego ppkt. 8 o treści: „8. Po dostarczeniu Obejścia czas Naprawy ulega wydłużeniu o 1 Dzień roboczy.” 3) zmianę w punkcie 3.3.25 SOPZ treści ppkt 20 na: „Jeśli po przeprowadzeniu przez Zamawiającego testów Zamawiający ustali, że dokonana naprawa jest wadliwa (m.in. nie usuwa Błędu lub Wady, generuje powstanie innych Błędów lub Wad lub nie usuwa skutków powstałego Błędu lub Wady) Zamawiający przekazuje stosowną informację Wykonawcy. W takim wypadku Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć niewadliwą nową wersję Systemu lub poprawkę w Czasie Naprawy liczoną od momentu dokonania pierwotnego zgłoszenia, przy czym bieg terminu ulega zawieszeniu na czas od dostarczenia rozwiązania Zgłoszenia do czasu przekazania przez Zamawiającego informacji o jej nieskuteczności.” Uzasadniając zarzut 6, Asseco Poland wskazał, iż określone w pkt 3.1.2 SOPZ, § 7 Umowy oraz pkt 3.3.2.5 SOPZ uprawnienia Zamawiającego są tak szerokie, nieprecyzyjne i niejednoznaczne, iż nie są spotykane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ani w umowach IT zawieranych na rynku komercyjnym. „Stanowią one zbyt daleko idące uprawnienie i ingerencję Zamawiającego w wewnętrzną organizację wykonawcy. (...) Odwołujący nie tylko nie jest w stanie zwymiarować kosztów realizacji przedmiotowych obowiązków ale nie rozumie również celu i intencji powyższych uprawnień Zamawiającego.” Wobec powyższego Odwołujący wniósł o wykreślenie: 1) punktu 3.1.2 w SOPZ; 2) podpunktu 15 w SOPZ w pkt. 3.3.2.5 Wymagania związane z naprawą Błędów i Wad. Procedura obsługi Zgłoszeń Błędów i Wad oraz przygotowania poprawek; 3) ustępu 4 w Umowie w § 7. Realizacja usług utrzymania Systemu. Co do zarzutu 7, Odwołujący wskazał na nadmierną jego zdaniem przesłankę odstąpienia od Umowy opisaną w pkt 3.2. ppkt 3.2.1 ust. 2 SOPZ, która pozwala Zamawiającemu – z uwagi na ogólny i nieprecyzyjny jej opis – wobec własnego uznania, bez obowiązku jakiegokolwiek weryfikacji i zachowania obiektywizmu, odstąpić od Umowy, nawet w sytuacji, gdy dana osoba po prostu „nie spodoba się” Zamawiającemu. Przesłanki odstąpienia od umowy, jako najdalej idącej sankcji, powinny być zaś opisane bardzo konkretnie. Wobec tego, Odwołujący wniósł o zmianę w SOPZ w pkt 3.2.1. ppkt 2 zd. 2 w następujący sposób: „W przypadku gdy w Okresie Przejściowym Zamawiający zidentyfikuje brak zdolności Wykonawcy do realizacji Umowy, przez co rozumie się: a) brak dysponowania osobami wchodzącymi w skład Personelu Kluczowego b) potwierdzony dokumentami brak kompetencji określonych w warunkach udziału w postępowaniu osób delegowanych do realizacji Umowy, stanowić to będzie podstawę do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego na zasadach określonych w Umowie.” Odnosząc się do zarzutu 8, Odwołujący podniósł, iż w dokumentacji postępowania brakuje jednoznacznej deklaracji Zamawiającego, zgodnie z którą Wykonawca nie będzie odpowiadał, za błędne działanie Infrastruktury Zamawiającego. Wobec powyższego wniósł o wpisanie do pkt 3.3.2.4 OPZ postanowienia: „Do czasów wskazanych powyżej nie wlicza się czasów niedostępności wynikającej z zatrzymania lub zakłócenia pracy Systemu, spowodowanych awarią Infrastruktury Zamawiającego, tj. awarią łączy teletransmisyjnych, awarią sprzętu komputerowego, awarią Oprogramowania Systemowego, awarią zasilania lub brakiem danych niezbędnych do odtworzenia Systemu. Czas realizacji Zgłoszeń naprawy Błędów lub Wad Systemu oraz skutków Błędów lub Wad Systemu, naprawy bazy danych będzie liczony odpowiednio od chwili przywrócenia transmisji, zakończenia naprawy sprzętu komputerowego, wdrożenia poprawki Oprogramowania Systemowego lub dostarczenia Wykonawcy poprawnych danych do odtworzenia Systemu. Każde takie zdarzenie zostanie udokumentowane poprzez sporządzenie notatki

zawierającej informację o momencie rozpoczęcia i zakończenia jego występowania.” W zakresie zarzutu 9 Odwołujący zwrócił uwagę na brak sprecyzowania w SWZ zobowiązań Zamawiającego w zakresie wykonywania kopii zapasowych, z którym powiązane są opisane w pkt 3.3.2.5 SOPZ i § 7 Umowy obowiązki wykonawcy wraz z opisaną w § 11 ust. 5 lit. s) Umowy karą umowną. Powyższe powoduje, że SWZ nie jest wyczerpujący i narusza zasadę przejrzystości, a także utrudnia uczciwą konkurencję (dotychczasowy Wykonawca posiada wiedzę na ten temat) przez co narusza zasadę równego traktowania wykonawców. „Do realizacji obowiązków Wykonawcy niezbędne jest współdziałanie Zamawiającego w zakresie wykonywania kopii zapasowych oraz przywracania danych na wypadek ich utraty. Wykonawca samodzielnie nie może wykonywać kopii zapasowych oraz przywrócić danych, które nie zostały objęte backupem (kopia bezpieczeństwa).” Wobec tego, Odwołujący wniósł o: 1) dodanie w Umowie § 5. Oświadczenia i zobowiązania Stron ust. 15 o treści: „15. Kopie zapasowe wykonuje Zamawiający na podstawie obecnie obowiązujących procedur, które zostaną przekazane Wykonawcy w ciągu 7 dni od dnia zawarcia Umowy. Wykonawca jest uprawniony do zgłoszenia swoich rekomendacji zmian do obecnie obowiązujących procedur wykonywania kopii zapasowych, a w przypadku braku procedur do przedstawienia ich propozycji. Odtwarzanie danych, Oprogramowania Dedykowanego, Oprogramowania Gotowego oraz Oprogramowania Systemowego będzie wykonywane przez Zamawiającego przy współpracy z Wykonawcą przy wykorzystaniu kopii zapasowych udostępnionych przez Zamawiającego.”; 2) dokonanie modyfikacji obecnego brzmienia Umowy - § 11. Kary umowne w ust. 5 lit. s) na: „w przypadku nieodwracalnej utraty danych przez Zamawiającego bez możliwości ich odtworzenia z kopii zapasowej, spowodowanych działaniami lub zaniechaniami Wykonawcy w wysokości 100 000 zł za każdy zidentyfikowany przypadek utraty danych przez Zamawiającego spowodowanych działaniami lub zaniechaniami Wykonawcy.”. Co do zarzutu 10, Odwołujący podniósł, iż niezgodne z art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP jest określenie przez Zamawiającego wymagań związanych z realizacją obowiązków dotyczących Oprogramowania Systemowego oraz innych produktów podmiotów trzecich, gdyż obowiązki wykonawcy zostały określone w sposób otwarty, tj. przedmiot zamówienia jest niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny i zrozumiały, co uniemożliwia rzetelną wycenę prac, nadto usługi modyfikacji Systemu zostały zdaniem Asseco Poland błędnie zaklasyfikowane jako prace realizowane w ramach wynagrodzenia za świadczenie usług utrzymania Systemu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wskazał na nieograniczoną liczbę wniosków o dokonanie certyfikacji, a brak konkretnego określenia tego zakresu skutkuje brakiem możliwości dokonania przez wykonawcę realnej wyceny kosztów takiej usługi. Nadto, wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, ile razy w czasie realizacji umowy producenci Oprogramowania Systemowego zmienią wersję systemów operacyjnych, baz danych, serwerów aplikacyjnych i pozostałego oprogramowania systemowego, narzędziowego oraz usług infrastrukturalnych, od których zależy prawidłowe działanie Systemu PROK-SYS. Błędem – w kontekście pkt 3.4.2 SOPZ i definicji ITS Infrastruktury Zamawiającego – jest również, w ocenie Asseco Poland, zakwalifikowanie ww. usług do kategorii usług utrzymaniowych, zamiast do kategorii usług rozwojowych. Odwołujący podniósł również, że nie jest w stanie świadczyć wymaganych usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego, ponieważ Zamawiający nie zapewnił wykonawcy warunków do realizacji tych usług - m.in. wykonawca nie ma uprawnień do ingerencji w kod źródłowy. W odniesieniu do wymogu przewidzianego w ppkt 3.3.3. ust. 9 lit. c Odwołujący wskazał, że wersja Windows 12, do której w ciągu pierwszych 15 miesięcy realizacji Umowy ma zostać zaktualizowany System, jest obecnie niedostępna na rynku, wobec czego nie ma możliwości dokonania realnej wyceny tej usługi. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o: 1) uzupełnienie ppkt 3.3.3. ust. 3 o zagwarantowanie przez Zamawiającego udostępnienia środowisk do przeprowadzenia testów, 2) zmianę zapisu ppkt 3.3.3. ust. 8 zgodnie z poniższym: „8. W sytuacji, gdy wdrożenie nowej wersji Oprogramowania Systemowego wymaga dostosowania Oprogramowania Dedykowanego, Wykonawca zobowiązany jest wdrożyć odpowiednie modyfikacje Systemu na zasadach określonych dla realizacji prac rozwojowych Systemu.”; 3) w razie nieuwzględnienia wniosku z pkt 2 powyżej, tj. w przypadku utrzymania klasyfikacji usług określonych w ppkt 3.3.3. ust. 8 jako usług utrzymaniowych – o zmianę ppkt 3.3.3. ust. 6 poprzez określenie maksymalnej liczby wniosków o dokonanie certyfikacji, jakie Zamawiający może skierować do wykonawcy w okresie obowiązywania Umowy; 4) wykreślenie z ppkt 3.3.3. ustępu 9 litery c, tj. słów: „c) podniesienia wersji Windows 11 do Windows 12.”. Uzasadniając zarzut 11, Asseco Poland wskazał, iż jego przedmiotem jest opis zawartego w Rozdziale 3 pkt 3.4 ppkt 3.4.2.3 SOPZ procesu zarządzania ryzykiem. Zdaniem Odwołującego, postanowienie SOPZ w zakresie, w jakim stawia wykonawcy niemożliwy do realizacji wymóg, tj. wymóg identyfikacji wszystkich możliwych ryzyk, wykracza poza granice należytej staranności, do

zachowania której na podstawie obowiązujących przepisów zobowiązany jest wykonawca. Mając to na uwadze, Asseco Poland wniósł o wykreślenie z Rozdziału 3. Punkt 3.4. Podpunkt 3.4.2.3. ust. 4, tj. zdania: „4. Brak lub nieprawidłowa identyfikacja ryzyka oraz brak lub niewłaściwie podjęte działania zaradcze w przypadku materializacji ryzyka są równoznaczne z niedochowaniem należytej staranności przez Wykonawcę i wykluczają możliwość powoływania się na daną okoliczność jako na okoliczność, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.” W zakresie dotyczącym zarzutu 12, Odwołujący Asseco Poland podniósł, że Zamawiający nie określił skali modyfikacji Systemu, tj. nie podał żadnych informacji, które mogłyby umożliwić wykonawcom innym niż dotychczasowy wykonawca dokonać szacowania oferty. Nadto, zdaniem Odwołującego niezbędne jest wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym usługa utrzymania będzie świadczona dopiero po upływie jakiegoś czasu od uzyskania przez nowego wykonawcę dokumentacji i kodów źródłowych, taki minimalny czas to 1 miesiąc. „Brak takiego zapisu spowoduje, że de facto tylko dotychczasowy wykonawca mógłby z dnia na dzień świadczyć usługę utrzymania dla modyfikacji wskazanych w Załączniku 11.” Wobec tego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) zamieszczenia w Załączniku 11 do SOPZ pełnego i szczegółowego opisu modyfikacji; 2) podania w Załączniku 11 do SOPZ wielkości każdej modyfikacji (np. w roboczo-godzinach wskazanych w zleceniu wykonania modyfikacji); 3) wprowadzenia do SWZ postanowienia, że poszczególne Modyfikacje wskazane w Załączniku 11 zostaną objęte usługami wykonawcy w terminie 30 dni od dnia udostępnienia wykonawcy kodów źródłowych i dokumentacji danej modyfikacji, nie wcześniej niż po zakończeniu Okresu Przejściowego. W odniesieniu do zarzutu 13, Asseco Poland wskazał, że w § 2 ust. 1 lit. a) i b) wzoru Umowy, w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający użył słów: „w szczególności” pozostawiając opis przedmiotu zamówienia otwartym. Wobec tego zażądał wykreślenia zwrotu „w szczególności” z ww. postanowień Umowy. W zakresie dotyczącym zarzutu 14, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób całkowicie dowolny w § 5 ust. 3 wzoru Umowy określił zasady zlecania przez Zamawiającego i zakres wykonania niezbędnych czynności na koszt (i ryzyko) wykonawcy oraz przewidział odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, co prowadzi do uznania wzoru Umowy w niezmiennym kształcie za naruszający równe traktowanie stron stosunku zobowiązaniowego oraz godzący w zasady PZP, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji. W szczególności, sprzeczne z art. 480 § 1 Kodeksu cywilnego jest ww. postanowienie wzoru Umowy, w zakresie, w jakim zezwala na zlecenie wykonania czynności na koszt i ryzyko wykonawcy w każdym przypadku braku wykonania wskazanego zobowiązania, w tym bez względu na koszt wykonania. Wykonawca jest również obciążony ryzykiem nałożenia na niego kary umownej w wysokości 20.000 zł za każdy zidentyfikowany przypadek naruszenia wskazanego obowiązku. Podobnie, regulacja § 7 ust. 9 wzoru Umowy, w ocenie Odwołującego narusza art. 433 pkt 1 PZP oraz art. 480 § 1 KC, jako że przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, jak również stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy powodując, że wykonawca zobowiązany jest wziąć na siebie nielimitowany zakres ryzyka, który jest niemożliwy do rzetelnej wyceny. Mając to na uwadze, Odwołujący wniósł o: 1) wykreślenie z § 5 ust. 3 Wzoru umowy zdań: „W przypadku braku wykonania zobowiązania wskazanego w niniejszym ustępie Zamawiający może zlecić wykonanie niezbędnych czynności na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności pozyskania zgody sądu. Nie narusza to innych praw Zamawiającego, w tym do naliczenia kar umownych, zgodnie z § 11 Umowy.” 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany brzmienia § 7 ust. 9 zdania pierwszego Wzoru umowy zgodnie z poniższym: „W przypadku zwłoki Wykonawcy w usunięciu Błędu lub Wady o co najmniej 1 miesiąc, Zamawiający jest uprawniony do zamówienia usług lub dostaw niezbędnych do usunięcia Błędu lub Wady (wykonanie zastępcze), bez konieczności uzyskania upoważnienia Sądu po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do usunięcia Błędu lub Wady pod rygorem zastosowania niniejszego postanowienia oraz braku usunięcia Błędu lub Wady przez Wykonawcę w terminie do 7 dni.” Co do uzasadnienia zarzutu 15, Odwołujący wskazał, iż zobowiązania wykonawcy w zakresie dostawy licencji na Oprogramowanie Gotowe i Systemowe zostały określone nieprawidłowo, bez postanowień o rozliczaniu tych świadczeń. Powołał się na brzmienie § 2 ust. 1 wzoru Umowy oraz pkt 3.4.2. ppkt 2 SOPZ i Załącznik 4 do SWZ „Kalkulacja cenowa oferty” pkt 4, wskazując że zarówno oferta wykonawcy jak i wzór Umowy przewidują jedynie rozliczenie usług rozwoju wycenianych w oparciu o stawkę Roboczo-godziny, czyli odnoszą się do pracochłonności związanej ze świadczeniem usług, a nie obejmują dostaw licencji lub innych uprawnień do oprogramowania, które powinny być niezależnie wycenione i rozliczone, podobnie jak w przypadku łącznego maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy wskazanego w § 10 ust. 5 wzoru Umowy. Wobec tego, Odwołujący wniósł o: 1) zmianę § 8 ustęp 3 wzoru Umowy (Załącznik 2 do SWZ) w następujący sposób: „3. Wartość Zleceń rozwojowych

określana jest w oparciu o ustaloną przez Strony pracochłonność (w roboczogodzinach) oraz koszt roboczogodziny określony w Ofercie (kalkulacji cenowej) Wykonawcy;”, 2) zmianę w Załączniku 1 do SWZ pkt 3.4.2 ppkt d) na następujący: „d. specyfikowanie oraz wdrożenie Oprogramowania Gotowego lub Oprogramowania Systemowego, niezbędnego do funkcjonowania lub poprawiającego efektywność funkcjonowania Systemu”, 3) dodanie w Załączniku 1 do SWZ pkt 3.4.2 ppkt 5 o treści: „5. Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia na własny koszt sprzętu oraz Oprogramowania Gotowego lub Oprogramowania Systemowego, niezbędnego do funkcjonowania lub poprawiającego efektywność funkcjonowania Systemu zgodnie ze specyfikacją przedstawioną przez wykonawcę w ramach realizacji zleceń rozwojowych.”, 4) dostosowanie innych postanowień Umowy i OPZ do powyższych zmian. W odniesieniu do zarzutu 16, Asseco Poland wskazał na wynikające ze wzoru Umowy wadliwe, jego zdaniem, zobowiązania dotyczące kontroli realizacji obowiązków wykonawcy. Mowa o § 5 ust. 4 wzoru Umowy, gdzie Zamawiający nakazał m.in. współpracę z dowolnym podmiotem trzecim wskazanym przez Zamawiającego i udostępnienie mu „wszelkich informacji, danych i wyjaśnień dotyczących realizowanych obowiązków oraz (...) wszelkie rezultaty wykonywanych prac”, co zdaniem Odwołującego jest zbyt daleko idącym uprawnieniem Zamawiającego, bowiem część informacji dotyczących realizacji Umowy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy i są to informacje, które wykonawca ma prawo i obowiązek chronić. Wobec powyższego, wniósł o nakazanie Zamawiającemu dodania w § 5 ust. 4 Wzoru umowy postanowień stanowiących, że: 1) podmiot trzeci działający na rzecz Zamawiającego to podmiot profesjonalnie zajmujący się doradztwem projektowym i/lub przeprowadzaniem audytów umów informatycznych; 2) podmiot trzeci działający na rzecz Zamawiającego nie może stanowić konkurencji wobec wykonawcy i nie może współpracować w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec wykonawcy. Odnosząc się z kolei do uzasadnienia zarzutu 17, Odwołujący zakwestionował w nim otwarty sposób określenia zobowiązań wykonawcy, wskazany we wzorze Umowy w § 5 ust. 10. Zdaniem Asseco Poland, stanowiąc, że: „W przypadku gdy określony sprzęt, oprogramowanie lub inne uprawnienia okażą się niezbędne do zrealizowania określonego Zlecenia rozwojowego, a Wykonawca nie zidentyfikuje tej okoliczności przy akceptacji Zlecenia rozwojowego, Wykonawca będzie zobowiązany do zakupu na swój koszt i dostarczenia Zamawiającemu odpowiednich licencji oprogramowania, sprzętu lub zapewnienia Zamawiającemu innych uprawnień w terminie umożliwiającym prawidłowe wykonanie Zlecenia rozwojowego.”, Zamawiający – działając w sprzeczności z zasadami wypływającymi bezpośrednio z ustawy Prawo zamówień publicznych – przerzuca na wykonawcę swój obowiązek, polegający na jednoznacznym i nie budzącym wątpliwości przedstawieniu w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, obarczając wykonawcę ryzykiem związanym z brakiem zidentyfikowania działań koniecznych do należytego wykonania usług, tj. dostarczenia określonego sprzętu, oprogramowania, czy uzyskania wymaganych uprawnień. Stąd, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 5 ust. 10 Umowy. Zarzut 18, Odwołujący odniósł do brzmienia § 5 ust. 14 Umowy dotyczącego przekazania Dokumentacji Systemu po zawarciu Umowy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z Umowy § 5 ust. 14. Zarzut 19 dotyczy § 16 ust. 13 wzoru Umowy, w świetle którego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w nieuzasadniony sposób odmawia wykonawcy kształtowania zespołu Personelu Kluczowego, poprzez dopuszczenie zmiany członka zespołu wyłącznie, jeśli osoba ta nie jest w stanie wykonywać swoich obowiązków z przyczyn niezależnych od wykonawcy, takich jak choroba, urlop macierzyński lub wychowawczy lub ustanie stosunku pracy lub innej podstawy prawnej zatrudnienia. „Zdaniem Odwołującego takie uprawnienie Zamawiającego co do wpływu na skład zespołu wykonawcy jest zarówno nieuzasadnione, jak i pozbawione podstawy prawnej. Przede wszystkim nie obejmuje przypadków, gdy dana osoba nie chce dalej pracować przy danym projekcie lub Wykonawca uzna, że dana osoba, mimo posiadania wymaganych kompetencji, nie radzi sobie w projekcie na zadowalającym poziomie i w celu polepszenia/usprawnienia realizacji projektu chciałaby ją zamienić na inną, również posiadającą wymagane przez Zamawiającego doświadczenie i kompetencje. Obecnie taka osoba po prostu musi się zwolnić lub zostać zwolniona przez Odwołującego – po prostu musi odejść do innej firmy – gdyż wykonawca nie jest w stanie przesunąć jej do innego projektu.” Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o wykreślenie w § 6 ust. 13 wzoru Umowy postanowienia w części: „wyłącznie jeśli osoba wskazana jako członek Personelu Kluczowego nie jest w stanie wykonywać swoich obowiązków z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, takich jak choroba, urlop macierzyński lub wychowawczy lub ustanie stosunku pracy lub innej podstawy prawnej zatrudnienia”. Uzasadniając zarzut 20 Odwołujący wskazał na wadliwe jego zdaniem postanowienia wzoru Umowy, tj. § 6 ust. 18 i 19, w zakresie powierzenia zamówienia podwykonawcom poprzez wymóg wskazania zamkniętej

listy podwykonawców i uzależnienie możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy od zgody Zamawiającego. Wniósł o wnos o wykreślenie z § 6 ust. 18 Wzoru umowy sformułowania: „- w pozostałym zakresie Wykonawca wykona Przedmiot Umowy samodzielnie, to jest bez udziału Podwykonawców.” oraz z ust. 19 Wzoru umowy zdania: „Zamawiający w terminie 7 dni wyrazi zgodę na danego Podwykonawcę lub z uzasadnionych przyczyn odmówi wyrażenia zgody na danego Podwykonawcę. W przypadku braku zgody Zamawiającego Wykonawca nie może powierzyć realizacji żadnych obowiązków na podstawie Umowy Podwykonawcy lub pracownikom Podwykonawcy, w odniesieniu do którego Zamawiający nie wyraził zgody na jego zaangażowanie w realizację Umowy.” W odniesieniu do zarzutu 21, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ze Wzoru Umowy § 9 ust. 7 oraz z ust. 10 zdania: „W odniesieniu do Zleceń rozwojowych odbiory dokonywane przez Zamawiającego muszą się zakończyć w terminie realizacji określonego Zlecenia rozwojowego.”, podnosząc, iż postanowienia te są niejednoznaczne i nie definiują jasno reguł odpowiedzialności wykonawcy, a nadto przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie okoliczności, za które wyłączną winę ponosi Zamawiający. W zakresie dotyczącym zarzutu 22, Asseco Poland podniósł, iż w § 11 ust. 2 Umowy Zamawiający przewidział możliwość wielokrotnego karania wykonawcy za tę samą okoliczność co w świetle podstawowych zasad prawa cywilnego oraz poglądów Sądu Najwyższego, zdaniem Odwołującego jest niedopuszczalne. Z tych względów wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 11 ust. 2 wzoru Umowy poprzez wskazanie, że: „2. Kary umowne w przypadku tego samego zdarzenia nie podlegają sumowaniu.” oraz zmianę ust. 3 wzoru Umowy poprzez wskazanie, że: „3. Kary umowne nie podlegają sumowaniu także w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia.” Odnosząc się do zarzutu 23 wskazał, że treść § 13 wzoru Umowy uniemożliwia mu złożenie oferty, nie ma bowiem możliwości przewidzenia, czy producenci Oprogramowania Gotowego i Systemowego wyrażą wolę udzielania licencji na określone oprogramowania oraz nawet jeżeli licencja zostanie udzielona, wykonawca nie będzie miał wpływu warunki tej licencji, a zgodnie z ust. 9 wzoru Umowy wykonawca wyraża zgodę na korzystanie z Oprogramowania Gotowego i Systemowego w celu wykonania testów, zaś aby wykonawca mógł takiej zgody udzielić, sam musi posiadać stosowne oświadczenia od podmiotu posiadającego prawa autorskie majątkowe do określonego oprogramowania. Z uwagi na powyższe, wniósł o nakazanie wykreślenia z § 13. Załącznika nr 2 do SWZ (Umowy) zobowiązania wskazanego w ust. 1 pkt 1b oraz w ust. 8 i 9 oraz doprecyzowania, że jeżeli w toku realizacji zamówienia niezbędne będzie skorzystanie z Oprogramowania Gotowego lub Oprogramowania Systemowego to Zamawiający we własnym zakresie uzyska licencje na Oprogramowanie Gotowe lub Oprogramowanie Systemowe. W zakresie dotyczącym zarzutu 24, Odwołujący wskazał na wadliwe jego zdaniem postanowienie § 11 ust. 5 lit. k) wzoru Umowy dotyczące kar umownych, które jego zdaniem powinno zostać wykreślone, nieprzekazanie raportu w terminie lub zawarcie w nim informacji nieprawdziwych lub niepełnych jest już bowiem penalizowane w przedmiotowej Umowie w inny sposób (brakiem możliwości otrzymania wynagrodzenia). Zdaniem Odwołującego, kwestionowana kara umowna jest ponadto niezależna od zawinienia wykonawcy. Wobec tego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 11 ust. 5 lit. k) wzoru Umowy. W uzasadnieniu zarzutu 25 Odwołujący wskazał na rażąco wygórowane jego zdaniem kary umowne wynikające z § 11 ust. 5 lit. n) wzoru Umowy, a dotyczące przypadku „niedotrzymania terminów realizacji Zlecenia rozwojowego, wskazanego w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 3.4.3.9. OPZ w wysokości 2% wartości wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 3.4.3.9. OPZ za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o zmianę wysokości kary umownej, o której mowa w § 11 ust. 5 lit. n) z 2% na 0,2%. Podobne uzasadnienie dotyczy zarzutu 26, w którym Odwołujący kwestionuje karę umowną, wynikającą z § 11 ust. 5 lit. t) wzoru Umowy przewidzianą na wypadek: „nieuprawnionego ujawnienia informacji poufnej, z naruszeniem obowiązków wynikających z § 14 w wysokości 1% wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 10 ust. 5, za każdy zidentyfikowany przypadek naruszenia wskazanego tu obowiązku”. Wg Odwołującego, kara za każdy przypadek naruszenia, przy tak sformułowanym postanowieniu Umowy, wynosić będzie powyżej 1 milion złotych. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o zmianę wysokości kary umownej, o której mowa w § 11 ust. 5 lit. t) z 1% na 0,1%. W uzasadnieniu zarzutu 27, Odwołujący wskazał na wadliwe jego zdaniem postanowienie wzoru Umowy - § 16 ust. 6-13 – dotyczące waloryzacji wynagrodzenia. Jego zdaniem, postanowienia te nie realizują celów przepisu art. 439 PZP, gdyż w szczególności, dla dokonania waloryzacji poziom zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia musi osiągnąć co najmniej 10%, przy czym łączna wysokość zmian wynagrodzenia w wyniku waloryzacji nie może przekroczyć 20% wartości umowy, nawet jeżeli koszty realizacji umowy

wzrosną o 40%. Odwołujący wniósł wobec tego o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli waloryzacyjnej określonej w § 16 ust. 6 wzoru Umowy poprzez wskazanie, że: „Strony przewidują zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w wypadku zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy (dalej „koszty umowy”), jakie były brane pod uwagę przez Wykonawcę przy sporządzaniu oferty stanowiącej podstawę do zawarcia Umowy lub w wypadku kolejnej zmiany, względem kosztów ustalonych przy ostatniej takiej zmianie. Zmiana wynagrodzenia w tym trybie nie może prowadzić do wzrostu zysku Wykonawcy, a jedynie do zrekompensowania kosztów jakie będzie ponosił w związku z realizacją Umowy” oraz dokonania zmiany klauzuli waloryzacyjnej określonej w § 16 w taki sposób, aby uwzględniała następujące elementy: a) Wzrost Kosztów Umowy na potrzeby niniejszej umowy będzie ustalany w oparciu o wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego; b) zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy będą następować w wypadku zmian Kosztów Umowy względem poziomu tych cen, jakie były brane pod uwagę przez Wykonawcę przy sporządzaniu oferty stanowiącej podstawę do zawarcia Umowy lub w wypadku kolejnej zmiany, względem kosztów ustalonych przy ostatniej takiej zmianie; c) Wykonawca złoży do Zamawiającego wniosek o zmianę wynagrodzenia, w którym przedstawi odpowiednie wyliczenia sporządzone na podstawie wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wzrost oraz wskaże kwotę, o jaką wynagrodzenie ulega zmianie; d) łączna wysokość zmian wynagrodzenia w wyniku waloryzacji nie przekroczy 50% wartości Umowy. e) Likwidacja minimalnego poziomu zmiany, który obecnie wynosi 10%, a który umożliwia złożenie wniosku o waloryzację. Co do zarzutu 28, Odwołujący podkreślił, że postanowienia § 7 ust. 13, § 9 ust. 16 oraz § 10 ust. 9 wzoru Umowy, a także pkt 3.3.7 ppkt 1 i 3 OPZ – dotyczące fakturowania Usług utrzymania Systemu są jego zdaniem wadliwe, gdyż naruszają przepisy prawa podatkowego. W szczególności, zgodnie z art. 106i ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), wykonawca ma obowiązek wystawienia faktury nie później niż 15 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę. Wobec tego, Asseco Poland wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany brzmienia § 10 ust. 9 Wzoru umowy zgodnie z poniższym: „9. Płatność wynagrodzenia, określonego w ust. 2 będzie zrealizowana w częściach po zakończeniu miesięcznych okresów rozliczeniowych, na podstawie faktury VAT, wystawionej nie później niż do 15 dnia miesiąca następującego po upływie okresu rozliczeniowego, przy czym zapłata należności wynikającej z faktury nastąpi w terminie do 30 dni od dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru raportów z wykonania Usług utrzymania, na podstawie § 7 ust. 13, za każdy z miesięcy danego okresu rozliczeniowego.”

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający – Prokuratura Krajowa – wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 PZP z uwagi na to, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie oraz ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania podniósł, iż zostało ono wniesione wobec treści SWZ, zaś w takim przypadku znajduje zastosowanie przepis art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP. Zamawiający opublikował SWZ za pośrednictwem platformy e-Zamówienia w dniu 16 sierpnia 2024 r. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP rozpoczął bieg w dniu publikacji SWZ na platformie i stronie internetowej Zamawiającego, tj. w dniu 16 sierpnia 2024 r. i upływał wraz z dniem 26 sierpnia 2024 r. Tymczasem Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści SWZ w dniu 2 września 2024 r., a więc 7 dni po upływie terminu na jego wniesienie, co powinno skutkować jego odrzuceniem na podstawie art. 528 pkt 3 PZP z uwagi na to, że zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawie, tj. art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP. W odniesieniu do zarzutu 1 wskazał, iż wszystkie dokumenty zostały udostępnione wykonawcy zgodnie z SWZ. Jeśli zaś chodzi o listę dokumentów, na które wskazuje wykonawca w pkt 9 odwołania (str. 6-7) to stanowi ona wykaz całości dokumentów, które składają się na Dokumentację Systemu i zgodnie z pkt 3.2.2. ppkt 1 OPZ wszystkie ww. dokumenty zostaną udostępnione Wykonawcy po podpisaniu Umowy. Jeśli chodzi o zarzut częściowego udostępnienia podręcznika użytkownika wewnętrznego oraz brak udostępnienia podręcznika Libra to, zdaniem Zamawiającego, jest on nieprawdziwy i wynika z niepełnej analizy otrzymanych dokumentów, gdyż dokument podręcznik Libra jest dokumentem wbudowanym w rozdziale 3.1. dokumentu Podręcznik Użytkownika Wewnętrznego Systemu PROK-SYS WERSJA 2.32. Podręcznik Libra i posiada 731 stron, co razem z pozostałą objętością Podręcznika Użytkownika Wewnętrznego daje objętość 2546 stron, zatem brak jest rozbieżności pomiędzy objętością dokumentu, wskazaną w Załączniku nr 10 do OPZ i objętością dokumentu udostępnionego Odwołującemu. W odniesieniu do repozytorium EAP, jak też dokumentacji administratora oraz scenariuszy i przypadków testów akceptacji podsystemów,

to zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał w żaden sposób dlaczego uznaje, że dostęp do tego repozytorium jest niezbędny do określenia zakresu obowiązków, wynikających z Umowy lub oszacowania ich pracochłonności, a poprzez to również niezbędny do określenia ceny składanej oferty. Co więcej, w odniesieniu do dokumentu repozytorium EAP, Zamawiający podniósł, że przekazał Odwołującemu dane techniczne Systemu, zawarte w repozytorium EAP w formie dokumentowej Załącznika nr 4 do OPZ - Projekt wykonawczy Systemu PROKSYS oraz Załącznika nr 5 do OPZ Projekt wykonawczy integracji, a w odniesieniu do warstwy biznesowej funkcjonalności i procesy biznesowe Systemu zostały ujęte w Załącznikach nr 1, 1.1, 1.2. i 1.3 do OPZ. Nadto, Zamawiający wyjaśnił, iż brak udostępnienia Kodów źródłowych jest uzasadniony koniecznością ich ochrony, jako informacji szczególnie wrażliwej z uwagi na to, że jawność kodów źródłowych w bardzo dużym stopniu zwiększa ryzyko przeprowadzania ataków na system PROK-SYS, który jest systemem szczególnie istotnym z punktu widzenia ochrony bezpieczeństwa państwa oraz interesu prywatnego wszystkich osób, podlegających rejestracji w systemie. Wyjaśnił, iż: „(...) System PROK-SYS realizuje usługi informatyczne związane z prowadzeniem postępowań przygotowawczych w sprawach karnych przez 433 jednostki organizacyjne prokuratury (Prokuratury Rejonowe, Prokuratury Okręgowe, Prokuratury Regionalne i Prokuraturę Krajową). (...) W Systemie znajdują się dane dotyczące kilku milionów spraw karnych (...). System realizuje szereg usług dla jego użytkowników, z których najbardziej newralgiczne dla postępowania karnego są: gromadzenie szczegółowych danych spraw – obejmujących m.in. dane osobowe pokrzywdzonych, świadków, podejrzanych i innych osób, gromadzenie zdigitalizowanych akt postępowań, umożliwienie komunikacji z systemami zewnętrznymi. W związku z tymi usługami w ramach Systemu gromadzone są ogromne ilości danych wrażliwych, w tym dane dotyczące pokrzywdzonych, dane osobowe świadków, informacje o karalności osób, dane o dowodach rzeczowych, dane biegłych, dane o czynnościach podjętych w danym postępowaniu itp.” Zamawiający podkreślił, iż biorąc to pod uwagę, System ten jest szczególnie narażony na ataki podmiotów zainteresowanych zakłóceniem działania Systemu, ujawnieniem danych w nim zgromadzonych lub manipulacją treściami przechowywanymi w Systemie. Powołał się na dane otrzymane z Biura Bezpieczeństwa Wewnętrznego Prokuratury Krajowej, z których wynika, że w roku 2023 i w pierwszej połowie 2024 roku miał miejsce cały szereg prób przełamania zabezpieczeń technicznych Systemu. Zamawiający podejmując decyzję o nieudostępnianiu Kodu źródłowego Systemu PROK-SYS, wziął pod uwagę, że jest to element w szczególny sposób wpływający na możliwość przełamania zabezpieczeń Systemu, gdyż jego analiza może prowadzić do zidentyfikowania podatności oraz luk bezpieczeństwa, które mogą być wykorzystane do ataku na produkcyjnie działającym Systemie. Nadto, zdaniem Prokuratury Krajowej, udostępnienie na etapie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Kodów źródłowych Systemu PROK-SYS otwiera drogę do pozorowanego ubiegania się przez określony podmiot o udzielenie zamówienia, co pozwoli mu uzyskać pełną wiedzę na temat funkcjonowania głównego systemu informatycznego prokuratury, w tym wgląd w Kody źródłowe tego Systemu. Zdaniem Zamawiającego, Kody źródłowe nie są ponadto niezbędne do oszacowania pracochłonności, a bynajmniej Odwołujący tylko nie wykazał. W ramach odniesienia się do zarzutu 2, Zamawiający wskazał, że dnia 17 września 2024 r. dokonał zmiany SWZ: 1) w pkt 3.2.2 ppk1 wskazując, że udostępni wykonawcy Dokumentację Systemu, Kody źródłowe oraz zapewni dostęp pracownikom Wykonawcy delegowanym do świadczenia usług do środowisk Systemu, w terminie do 3 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy; 2) dodano ppkt 3 w pkt 3.2.2. precyzujący zasady współpracy Zamawiającego w procesie transferu wiedzy w Okresie Przejściowym, 3) usunięto z pkt 3.2.3 ppkt 1 obowiązki wskazane w lit g), h) oraz j) i przeniesiono możliwość ich zrealizowania jako usług wsparcia eksperckiego na etapie świadczenia usług utrzymania na podstawie pkt 3.3.6. OPZ. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, skoro w zakresie pkt 2, 3 i 4 dokonano modyfikacji SWZ, to tym samym obecnie brak jest substratu zaskarżenia. W odniesieniu do zarzutu 3, Zamawiający poinformował, że w dniu 17 września 2024 r. dokonał zmiany SWZ w pkt 3.2.1. ppkt 4 OPZ, doprecyzowując jego pierwotną treść. W pozostałym zakresie, Zamawiający wniósł o oddalenie tego zarzutu podnosząc, iż nie został on wykazany. Podkreślił, iż nałożony w tym miejscu obowiązek wykonawcy, jest wyrazem deklaracji rezultatu, jaki Wykonawca powinien osiągnąć po zakończeniu Okresu Przejściowego, tj. „z chwilą rozpoczęcia świadczenia usług.” W zakresie zarzutu 4, Zamawiający poinformował, że w dniu 17 września 2024 r. dokonał następującej zmiany SWZ, która została opublikowana na platformie e-Zamówienia: w pkt 2.8 OPZ dodano statystykę zgłoszeń w okresie kwiecień 2023 r. - czerwiec 2024 r. z podziałem na kategorie (Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny, Błąd Niskiej Kategorii). Nadto, Zamawiający nie podzielił zapatrywań Odwołującego na temat nieprawidłowego zdefiniowania Błędów, w tym braku zdefiniowania funkcjonalności

Systemu, które wynikają z Załącznika nr 1 Charakterystyka warstwy biznesowej Systemu, Załącznika nr 1.1. Wyciąg z Dokumentacji Systemu "Analiza biznesowa", Załącznika nr 1.2. Podręcznik Użytkownika Wewnętrznego Systemu PROK-SYS oraz Załącznika nr 1.3 Podręcznik Użytkownika Portalu Zewnętrznego Prokuratury. Nadto, zdaniem Zamawiającego, to nie definicje określone w OPZ, lecz definicje zaproponowane przez Odwołującego zawierają pojęcia nieostre lub niedookreślone typu: „niezbędna funkcjonalność”, „istotne ograniczenie wydajności”. W zakresie zarzutu 5, Zamawiający dnia 17 września 2024 r. dokonał zmian SWZ poprzez zmianę definicji Czasu Naprawy na następującą: „Okres czasu jaki upłynie od momentu potwierdzenia otrzymania zgłoszenia przez Wykonawcę do momentu rozwiązania zgłoszenia, rozumianego jako usunięcie Błędu lub Wady lub wdrożenie Obejścia (w przypadku Błędu Krytycznego), określony dla poszczególnych kategorii Błędów i Wad w pkt 3.3.2.4. OPZ.”, Czasu Reakcji na następującą: „Okres czasu jaki upłynie od momentu zgłoszenia do Wykonawcy do momentu potwierdzenia przez Wykonawcę rozpoczęcia prac związanych z usuwaniem Błędu lub Wady, określony dla poszczególnych kategorii Błędów i Wad w pkt 3.3.2.4. OPZ.” oraz postanowienia ppkt 1 i 2 w pkt 3.3.2.5 OPZ na następujące: „1. Wykonawca ma obowiązek w Czasie Reakcji potwierdzić rozpoczęcie przez Wykonawcę prac nad usuwaniem Błędu lub Wady. 2. Jeżeli Zgłoszenie nie dotyczy Błędu lub Wady za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, Wykonawca poinformuje o tym fakcie Zamawiającego wskazując uzasadnienie dokonanej oceny.” – a co za tym idzie, brak jest substratu zaskarżenia. W odniesieniu do zarzutu 6, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przekazał, że dnia 17 września 2024 r. dokonał zmian SWZ, tj. § 7 ust 4 Umowy otrzymał brzmienie: „Na zasadach określonych w pkt 3.1.2. OPZ Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia osobom wskazanym przez Zamawiającego obserwowania prac, realizowanych w ramach usług świadczonych w ramach Umowy, w tym uczestnictwa w wewnętrznych spotkaniach Wykonawcy oraz udzielenia dostępu tym osobom do systemu informatycznego Wykonawcy, obsługującego procesy związane z realizacją usług utrzymania Systemu. Wykonawca udzieli osobom wskazanym w zdaniu pierwszym wszelkich informacji i wyjaśnień dotyczących wykonywanych czynności związanych z realizacją usług utrzymania Systemu w terminie nie dłuższym niż 1 Dzień Roboczy, z zastrzeżeniem możliwości wydłużenia terminu przez Zamawiającego na uzasadniony wniosek Wykonawcy.”, pkt 3.1.2. OPZ otrzymał brzmienie: „1. Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia osobom wskazanym przez Zamawiającego obserwowania prac realizowanych w ramach usług świadczonych w ramach Umowy, w tym uczestnictwa w wewnętrznych spotkaniach Wykonawcy oraz udzielenia dostępu tym osobom do systemu informatycznego Wykonawcy, obsługującego procesy związane z realizacją usług, świadczonych w ramach Umowy. Wykonawca udzieli osobom wskazanym w zdaniu pierwszym wszelkich informacji i wyjaśnień dotyczących wykonywanych czynności związanych z realizacją usług świadczonych w ramach Umowy. 2. Uprawnienia wskazane w pkt 1 mogą być realizowane przez osoby wskazane w § 6 ust 1 Umowy ale nie więcej niż 5 osób ze strony Zamawiającego. 3. Zamawiający jest uprawniony do uczestnictwa w wewnętrznych spotkaniach Wykonawcy nie częściej niż 5 razy w każdym miesiącu obowiązywania Umowy. Koszty uczestnictwa w spotkaniach ponosi Zamawiający, za wyjątkiem kosztów udostępnienia uprawnień do korzystania z systemu telekonferencyjnego stosowanego przez Wykonawcę (w przypadku spotkań online). 4. Zamawiający jest uprawniony do uzyskania dostępu do stosowanych w związku z realizacją Umowy systemów obsługujących procesy: pracy grupowej zespołu Wykonawcy, obsługi zgłoszeń serwisowych, projektowania rozwiązań wdrażanych u Zamawiającego, wytwarzania Kodu źródłowego, testowania, zarządzania wydaniem dostarczanych produktów, zarządzania projektami, zarządzania realizacją zadań przez zespół Wykonawcy, raportowania przez członków zespołu Wykonawcy zrealizowanych zadań. Zamawiający powinien uzyskać uprawnienia do wskazanych systemów w trybie „tylko do odczytu” (bez możliwości dokonywania modyfikacji wprowadzonych do nich danych). Koszty zapewnienia Zamawiającemu dostępu (koszty licencji lub zapewniania innych uprawnień) do tych narzędzi ponosi Wykonawca. 5. Realizując uprawnienia wskazane w ppkt 4 Zamawiający zobowiązany będzie do przestrzegania wewnętrznych regulaminów oraz procedur stosowanych przez Wykonawcę w celu ochrony poufności i zapewnienia bezpieczeństwa informacji oraz będzie ponosił odpowiedzialność określoną w tych regulacjach na poziomie nie wyższym niż pracownicy Wykonawcy. 6. Techniczne kwestie realizacji wskazanych powyżej uprawnień zostaną uzgodnione przez Strony w ramach realizacji obowiązków wskazanych w pkt 3.2.3. ust 1 lit k) OPZ.” Nadto wyjaśnił, iż ukształtowanie postanowień SWZ, powołanych przez Odwołującego w treści odwołania wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, związanych ze sprawowaniem nadzoru nad jakością prowadzonych prac. Nadto, wskazał że Odwołujący nie wykazał w tym zakresie niezgodności z przepisami. W zakresie zarzutu 7,

Zamawiający dnia 17 września 2024 r. wskazał, że dokonał zmian SWZ w przedmiotowo istotnym zakresie, tj. w pkt 3.2.1. ppkt 2 OPZ, poprzez nadanie tego postanowieniu brzmienia: „Prace realizowane przez Wykonawcę w ramach Okresu Przejściowego będą zakończone podpisaniem przez Strony Protokołu zakończenia Okresu Przejściowego. W przypadku gdy w Okresie Przejściowym Zamawiający zidentyfikuje brak zdolności Wykonawcy do realizacji Umowy, przez co rozumie się w szczególności brak dysponowania osobami wchodzącymi w skład Personelu Kluczowego lub zidentyfikowany brak kompetencji osób delegowanych do realizacji Umowy, stanowić to będzie podstawę do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego na zasadach określonych w Umowie. Podstawą oceny posiadania kompetencji przez członków Personelu Kluczowego będą postanowienia SWZ, określające zakres kompetencji, jakie powinna posiadać osoba delegowana do pełnienia określonej roli w zespole Wykonawcy.” Odnosząc się do zarzutu 8, Prokuratura Krajowa również powołała się na dokonane dnia 17 września 2024 r. zmiany w pkt 3.3.2.1 OPZ, w którym to dodano ppkt 3 w brzmieniu: „Wykonawca nie odpowiada za Błędy i Wady wynikające z nieprawidłowego działania elementów Infrastruktury Zamawiającego, pod warunkiem przekazania odpowiedniej informacji Zamawiającemu, zgodnie z pkt 3.3.2.5. ppkt 2. OPZ.” W zakresie dotyczącym zarzutu 9, Zamawiający poinformował, że w dniu 17 września 2024 r. dokonał zmiany SWZ poprzez wprowadzenie w § 5 Umowy ust. 15 w brzmieniu: „Zamawiający wykonuje kopie zapasowe zgodnie z obowiązującą w Prokuraturze Krajowej polityką bezpieczeństwa, która zostanie przekazania Wykonawcy w terminie wskazanym w ust 14.” i zaznaczył, że powyższe nie oznacza uwzględnienia zarzutu Odwołującego, dotyczącego zmiany brzmienia postanowień kar umownych, regulujących odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu utraty danych – jego zdaniem, kara umowna za utratę danych powinna być ustalona na odpowiednio wysokim poziomie, aby przede wszystkim pełnić rolę prewencyjną. Co do zarzutu 10, Prokuratura Krajowa wskazała, iż dnia 17 września 2024 r. dokonał zmiany pkt 3.3.3. ppkt 6 OPZ na następujące brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest zrealizować obowiązek certyfikacji na zasadach określonych w niniejszym punkcie w odniesieniu do maksymalnie 24 produktów, rozumianych jako nowe Oprogramowanie Systemowe, nowa wersja Oprogramowania Systemowego, inny produkt dostarczany przez podmiot trzeci lub Zamawiającego” oraz dodał w pkt 3.3.3. ppkt 3: „Zamawiający udostępni Wykonawcy środowisko testowe Systemu w celu wykonania czynności związanych z certyfikacją.” i zaznaczył, iż jedynym elementem, który nie został zmieniony jest pkt 4), dotyczący nakazania Zamawiającemu rezygnacji z certyfikacji zmiany podniesienia wersji z Windows 11 do Windows 12, ze względu na to, że wersja ta nie jest obecnie dostępna na rynku. Zdaniem Zamawiającego, brak jest powodów do podważania możliwości traktowania, jako usługi utrzymaniowej certyfikacji, która charakteryzuje się określonym stopniem niepewności (nie da się przewidzieć jakie produkty będą podlegać certyfikacji) podobnie jak usługa utrzymaniowa usuwania błędów. Ponadto, odnosząc się do argumentów odwołania wyjaśnił, iż: „W ramach certyfikacji Wykonawca weryfikuje konsekwencje dokonania zmian w Infrastrukturze Zamawiającego. Innymi słowy, przeprowadza prace analityczne oraz testy pozwalające na określenie czy można bezpiecznie (bez ryzyka powstania błędów w Systemie) wdrożyć określone rozwiązanie poza Systemem. Jeśli w trakcie certyfikacji ustalone zostanie, że System wymaga dostosowania do takiej zmiany, to już sama zmiana Systemu może być zlecona Wykonawcy w ramach Usług rozwojowych. Obie usługi mogą być więc elementem określonego ciągu technologicznego, ale realizowane są na różnych jego etapach, różna jest ich natura, na co wyraźnie wskazują postanowienia OPZ. (...) Odwołującemu powinna być dostępna wiedza, jako podmiotowi profesjonalnemu, działającemu w tej branży, że certyfikacja polegająca na określaniu konsekwencji zmiany w Infrastrukturze Zamawiającego, w ogóle nie wymaga ingerowania w Kod źródłowy jakiegokolwiek oprogramowania, gdyż polega przede wszystkim na pracy analitycznej oraz przeprowadzaniu testów, w odniesieniu do których Zamawiający potwierdził udostępnienie Wykonawcy do tych celów swojego środowiska testowego, na którym zainstalowane jest Oprogramowanie Gotowe.” Co do zarzutu 11, Zamawiający wskazał, że dnia 17 września 2024 r. dokonał zmiany pkt 3.4.1.3 ppkt 4 SOPZ na: „Brak lub nieprawidłowa identyfikacja ryzyka, które Wykonawca mógł zidentyfikować realizując zamówienie przy uwzględnieniu standardów określonych w § 2 ust 1 Umowy oraz brak lub niewłaściwie podjęte działania zaradcze w przypadku materializacji takiego ryzyka są równoznaczne z niedochowaniem należytej staranności przez Wykonawcę i wykluczają możliwość powoływania się na daną okoliczność jako na okoliczność, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.” Zamawiającemu wydaje się, że wskazana zmiana wyczerpuje interes Odwołującego wskazany w treści zarzutu, polegający na wyraźnym wyłączeniu odpowiedzialności za identyfikację ryzyk, których Wykonawca nie mógł, działając z należytą starannością zidentyfikować. „Jednocześnie Zamawiający nie godzi się z żądaniem

Odwołującego, wskazującym na konieczność wykreślenia kontestowanego postanowienia OPZ, gdyż wydaje się, że zmiany wskazane powyżej powinny zabezpieczać wskazany w treści zarzutu interes Odwołującego w stopniu wystarczającym i jednocześnie zabezpieczają interes Zamawiającego, polegający na uniknięciu sytuacji w której Wykonawca odnosi korzyści w sytuacji celowego zatajenia określonych ryzyk.” W zakresie zarzutu 12, Zamawiający wskazał, iż dnia 17 września 2024 r. dokonał modyfikacji treści Załącznika nr 11 do OPZ poprzez zamieszczenie w nim szczegółowego opisu obecnie wdrażanych modyfikacji (takiego samego, jaki został przekazany obecnemu wykonawcy) oraz określenia pracochłonności tych modyfikacji, które stanowią podstawę obliczenia wynagrodzenia obecnego wykonawcy, a ponadto zastrzegł, że nie wprowadził modyfikacji określonej w pkt 3) żądania Odwołującego, gdyż realizacja wskazanych modyfikacji zostanie zakończona przed podpisaniem Umowy z nowym wykonawcą i stąd też nie nastąpi potrzeba dostarczania osobnych Kodów źródłowych dla tych modyfikacji, gdyż zostaną one przekazane, jako element całości Kodów źródłowych Systemu po podpisaniu Umowy. Odnosząc się do zarzutu 13, Zamawiający zmienił dnia 17 września 2024 r. § 2 ust. 1 wzoru Umowy w następujący sposób: „Na warunkach określonych w Umowie i Ofercie Zamawiający zamawia, a Wykonawca przyjmuje do wykonania zamówienie polegające na: a) świadczeniu Usług utrzymania Systemu , b) świadczeniu Usług rozwojowych Systemu.” W zakresie dotyczący, zarzutu 14, Zamawiający podniósł, iż w drodze modyfikacji SWZ opublikowanych dnia 17 września 2024 r. wprowadził zmiany do: § 5 ust. 3 wzoru Umowy, który otrzymał brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest do współpracy z podmiotami trzecimi wykonującymi określone zadania związane z utrzymaniem i rozwojem Systemu, w tym z podmiotami odpowiedzialnymi za utrzymanie i rozwój Infrastruktury Zamawiającego. W tym zakresie Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania podmiotom trzecim, wskazanym w zdaniu pierwszym, wszelkich informacji, danych i wyjaśnień dotyczących realizowanych obowiązków nie później niż w terminie 24 godzin od momentu uzyskania żądania Zamawiającego w tym zakresie oraz do udostępniania wszelkich rezultatów wykonywanych prac najpóźniej w terminie 2 dni od dnia otrzymania żądania Zamawiającego w tym zakresie.” oraz do § 7 ust. 9 wzoru Umowy, który otrzymał brzmienie: „W przypadku zwłoki Wykonawcy w usunięciu Błędu lub Wady o co najmniej 1 miesiąc, Zamawiający jest uprawniony do zamówienia usług lub dostaw niezbędnych do usunięcia Błędu lub Wady (wykonanie zastępcze), bez konieczności uzyskania upoważnienia Sądu po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do usunięcia Błędu lub Wady pod rygorem zastosowania niniejszego postanowienia oraz braku usunięcia Błędu lub Wady przez Wykonawcę w terminie do 7 dni. Zamawiający dokonuje zamówienia wskazanych usług lub dostaw, zgodnie z Ustawą PZP. Wykonawca zobowiązany jest pokryć koszty wynagrodzenia podmiotu trzeciego, świadczącego usługi lub dokonującego dostawy w ramach wykonania zastępczego. Zamawiający może dokonać potrącenia kwoty, jaką uiszczył z tytułu zapłaty wynagrodzenia, określonego w zdaniu poprzednim, z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o którym mowa w § 12 lub z wynagrodzenia Wykonawcy.” Co do zarzutu 15, Prokuratura Krajowa podobnie, jak przy poprzednich zarzutach podała, że dnia 17 września 2024 r. nadała § 10 ust 4 wzoru Umowy następujące brzmienie: „Wynagrodzenie określone w ust 3 obejmuje wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług rozwoju, określonych w § 8 ustalone w oparciu o stawkę Roboczogodziny w wysokości zł brutto (słownie: zł brutto), w tym podatek VAT zł brutto (słownie: zł brutto), które przy założeniu wykorzystania 250 000 Roboczogodzin wynosi maksymalnie zł brutto (słownie zł brutto), w tym podatek VAT (słownie zł). W przypadku dostarczania w ramach usług rozwoju uprawnień do Oprogramowania Gotowego lub Oprogramowania Systemowego wynagrodzenie z tytułu wskazanych dostaw wlicza się do łącznego maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy a ilość Roboczogodzin pozostałych do wykorzystania określa się jako iloraz pozostałego do wykorzystania Wynagrodzenia oraz wartość Roboczogodziny pracy określoną w ofercie Wykonawcy.” i wyjaśniła, że powyższa zmiana wprowadzana jest dla wyjaśnienia metody określania maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy w ramach Zleceń rozwojowych dostarczone zostaną uprawnienia do Oprogramowania Gotowego lub Oprogramowania Systemowego i nie jest wyrazem uznania zasadności zarzutu Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w treści zarzutu nie wykazał na czym polega niezgodność proponowanego rozwiązania z powoływanymi przepisami prawa, tym samym bezpodstawne jest żądanie wykluczenia z Umowy takiego rozwiązania. Wyjaśnił, iż rozwiązanie, polegające na nabyciu Oprogramowania Gotowego/Systemowego w większym stopniu realizuje interes Zamawiającego, niż wytwarzanie tych samych funkcjonalności/funkcji Systemu od podstaw, zaś interes ten nie jest zapewniany w takim samym stopniu w sytuacji, gdy Zamawiający w ramach Zleceń rozwojowych może nabywać wyłącznie usługi wdrożenia ww. oprogramowania jednocześnie samemu będąc odpowiedzialnym za jego dostarczenie

Wykonawcy. Wskazał również, że ze względu na to, że nie sposób przewidzieć potrzeby i kosztu nabycia Oprogramowania Gotowego/Systemowego, określając sposób kalkulacji maksymalnego wynagrodzenia z tytułu realizacji Usług rozwojowych, to Zamawiający nie uwzględnił tego elementu w maksymalnym wynagrodzeniu z tytułu świadczenia Usług rozwojowych a określił jedynie maksymalny limit Roboczogodzin. „W celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający, co do określania maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy oraz określania ilości Roboczogodzin pozostałych do wykorzystania Zamawiający, wprowadził zmianę § 10 ust 4 wzoru Umowy, wskazującą, że wynagrodzenie z tytułu dostaw oprogramowania, wykorzystywanego do realizacji Zleceń rozwojowych wchodzi w zakres maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji Zleceń rozwojowych w ramach Prawa Opcji i w przypadku wystąpienia konieczności jego poniesienia ilość pozostałych do wykorzystania Roboczogodzin oblicza się na podstawie pozostałego limitu podzielonego przez stawkę za Roboczogodzinę pracy wynikającą z Oferty Wykonawcy. (...) Ponadto na obecnym etapie nie występuje potrzeba wyceny Usług rozwojowych, które są przewidziane do opcjonalnej realizacji i być może w ogóle nie będą realizowane. Jeśli zaś chodzi o system rozliczenia zakupu Oprogramowania Gotowego w ramach Usług rozwoju za pomocą limitu roboczogodzin, to jest on w pełni transparentny i i nie narusza jakiegokolwiek przepisu powszechnie obowiązującego prawa, a zatem brak jest podstaw do przyjmowania innego sposobu rozliczeń. Oznacza to, że zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny.” W zakresie zarzutu 16, Zamawiający stanął na stanowisku, iż zarzut ten powinien podlegać oddaleniu, bowiem kwestionowane postanowienie § 5 ust. 4 wzoru Umowy odpowiada na uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wynikające z zakresu potencjalnych kontroli, które mogą być realizowane przez bardzo szeroki krąg podmiotów, z uwagi na charakter finansowania zamówienia, a także z uwagi na charakter jednostki, jaką jest Zamawiający (jednostka sektora finansów publicznych). „Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, jakiego rodzaju podmiot będzie potencjalnym kontrolerem. Ponadto należy zwrócić uwagę, że obowiązek poddania się kontroli może wynikać z przepisów prawa (np. postanowienia porozumień o dofinansowanie zobowiązują beneficjenta do zapewnienia szerokiego zakresu możliwości kontrolowania Wykonawców, realizujących usługi związane z dofinansowywanymi projektami).” W odpowiedzi na zarzut 17, Zamawiający wskazał, że zarzut ten należy uznać za całkowicie bezzasadny, bowiem Zamawiający oczekuje od wykonawcy, jako podmiotu zajmującego się profesjonalnie projektowaniem i wdrażaniem systemów informatycznych, że Wykonawca przekaze Zamawiającemu niezwłocznie odpowiednią informację dotyczącą niezbędnego nabycia przez Zamawiającego sprzętu, oprogramowania lub innych uprawnień w celu zapewnienia prawidłowego działania Systemu po uzyskaniu wiedzy w tym zakresie. „Z uwagi na to, że Wykonawca jest podmiotem realizującym określone Usługę rozwoju w ramach Zlecenia rozwoju, dokonanego na podstawie przewidzianego prawa Opcji to, Zamawiający oczekuje, że to Wykonawca zdefiniuje, jakie oprogramowanie lub sprzęt będzie niezbędne do działania funkcjonalności wykonanych w ramach Zlecenia rozwojowego. Zatem zakwestionowana treść postanowienia Umowy stanowi swoiste następstwo nieprawidłowego działania Wykonawcy i jednocześnie element motywujący Wykonawcę do dokonania prawidłowej analizy w tym zakresie.” W odniesieniu do zarzutu 18, Zamawiający poinformował, że dnia 17 września 2024 r. dokonał zmiany § 15 ust. 4 wzoru Umowy, lecz konsekwentnie podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutu 1. Zwrócił też uwagę na niespójność treści żądań ww. zarzutu, w którym Odwołujący domaga się wykreślenia § 5 ust. 14 wzoru Umowy, zaś we wniosku dotyczącym zarzutu 2 domaga się przekazania całości dokumentacji Systemu w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy. Odnosząc się do zarzutu 19 Zamawiający wskazał, że uprawnienie Zamawiającego do kształtowania składu zespołu, obejmującego Kluczowy Personel Wykonawcy jest zakorzenione w regulacji ustawy PZP, zgodnie z którą Zamawiający może określić minimalne wymagania, dotyczące składu ww. zespołu. Podniósł, że kwestionowane postanowienie § 6 ust. 13 wzoru Umowy realizuje uzasadnioną potrzebę Zamawiającego, polegającą na konieczności zapewnienia, jak największego stopnia niezmienności kluczowego zespołu pracowników wykonawcy. W zakresie zarzutu 20, Zamawiający poinformował, że dnia 17 września 2024 r. dokonał zmiany § 6 ust. 18 wzoru Umowy, jednocześnie podtrzymując stanowisko w kwestii wyrażania zgody na zmianę podwykonawców, w związku z czym nie dokonał zmiany treści § 6 ust 19 wzoru Umowy. Wskazał, iż: „uzasadniony interes Zamawiającego istnieje z podobnych przyczyn, dla których Zamawiający ogranicza zmiany w odniesieniu do składu Personelu Kluczowego Wykonawcy. Przede wszystkim dokonywanie ww. zmian może prowadzić do konieczności transferowania wiedzy do nowych osób, realizujących zadania na rzecz Zamawiającego, co angażuje zasoby Zamawiającego i przynajmniej przez jakiś okres czasu może skutkować obniżeniem jakości dostarczanych produktów.” Odnosząc się do zarzutu 21, Zamawiający

poinformował, że dnia 17 września 2024 r. dokonał zmiany § 9 ust. 7 wzoru Umowy, lecz jednocześnie nie podzielił zapatrywań Odwołującego, co do zasadności żądania Odwołujący, dotyczącego zmiany treści postanowienia § 9 ust 10 wzoru Umowy, gdyż z uzasadnienia zarzutu w żaden sposób – jego zdaniem – nie wynika, w jaki sposób obowiązek uwzględniania terminów na dokonanie odbioru w harmonogramie realizacji Zleceń rozwojowych prowadzi do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, których nie można mu przypisać. Zamawiający podkreślił, że: „(...) wykreślenie tego postanowienia otwiera drogę do zakładania przez Wykonawcę nieograniczonej ilości iteracji odbiorowych, co nie leży w uzasadnionym interesie Zamawiającego ze względu na wpływ takiej regulacji na jakość przekazywanych do odbioru produktów. Jeśli uznać, że termin realizacji Zlecenia rozwojowego jest dochowany w momencie przekazania produktu do odbioru Zamawiającemu, a nie w momencie dokonania takiego odbioru, wówczas może to skutkować tendencją po stronie Wykonawcy do przekazywania do odbioru produktów wadliwych w celu zyskania czasu na ich poprawę w trakcie trwania procedury odbiorowej.” W zakresie dotyczącym zarzutu 22, Zamawiający stanął na stanowisku, że zarzut ten powinien podlegać oddaleniu jako niezasadny, bowiem: „(...) z uwagi na szczególny charakter przedmiotu zamówienia, który stanowi istotny komponent funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej, Umowa określa obowiązki Wykonawcy powyżej standardów, przewidzianych dla zwykłej usługi utrzymania systemu informatycznego, w celu skutecznego wyegzekwowania od Wykonawcy realizacji jej obowiązków, Umowa przewiduje rozbudowany katalog kar umownych, w tym ich sumowanie, których konstrukcja oparta została o wieloletnie doświadczenia Zamawiającego przy nadzorze nad realizacją tożsamyh usług. Celem określonych w Umowie kar, jest w szczególności zapewnienie odpowiedniego poziomu realizacji usług objętych Umową, co wpływa bezpośrednio na sprawność działania całego wymiaru sprawiedliwości.” Odnosząc się z kolei, do zarzutu 23, Zamawiający wskazał, iż w dniu 17 września 2024 r. dokonał zmian SWZ w zakresie dotyczącym § 13 ust. 9 wzoru Umowy i jednocześnie nie podzielił argumentacji odwołania, z wyjątkiem sytuacji, w których producent oprogramowania przewidział możliwość przeprowadzania testów. W zakresie zarzutów 24-26, Prokuratura Krajowa wskazała w odpowiedzi na odwołanie, iż są one niezasadne ze względów, o jakich mowa w uzasadnieniu wniosku o oddalenie zarzutu 22. Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu 27, Zamawiający podniósł, iż: „Odwołujący nie wykazuje niezgodności postanowień Umowy z określonym przepisem (normą prawną), ale według własnych wyobrażeń próbuje ukształtować wygodną dla siebie sytuację zapewniającą mu komfort realizacji zamówienia, bo nie sposób inaczej ocenić żądania Odwołującego, który domaga się ukształtowania łącznej wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku waloryzacji na poziomie niespotykany w realiach rynkowych, tj. aż 50% wartości Umowy.” Uznał ponadto, iż zaskarżone postanowienia § 16 ust. 6-13 wzoru Umowy są zgodne z art. 439 PZP i zapewniają realność waloryzacji. Wskazał w szczególności, że: „(...) określenie minimalnego poziomu, od którego zmiana jest dopuszczalna, nie powoduje, że waloryzacja jest nierealna, a jedynie skutkuje jej odsunięciem w czasie (do czasu gdy skumulowany wzrost cen lub kosztów osiągnie 10%. Tym samym współczynnik ten zapobiega częstym żądaniom waloryzacji wynagrodzenia i tym samym stanowi swoistą klauzulę de minimis w tym zakresie.” Co do zarzutu 28 odnoszącego się do § 10 ust.9 wzoru Umowy i jego niezgodności z art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług wyjaśnił, iż jego zdaniem istotne jest ustalenie momentu powstania obowiązku podatkowego w sposób, o jakim mowa w orzecznictwie sądowoadministracyjnym (zob. wyr. WSA w Warszawie z 18 kwietnia 2023 r., sygn. III SA/Wa 2823/22), tj. „jeżeli umowa zawarta przez Skarżącą z klientem przewiduje, że usługa informatyczna zostaje wykonana dopiero w dniu odbioru prac przez klienta (w całości lub w części - całościowego odbioru wykonania usługi lub odbioru danej części/danego etapu usługi), podpisanie protokołu odbioru wyznacza moment powstania obowiązku podatkowego zgodnie z art. 19a ust. 1 i 2 VATU.” Dodał również, iż obowiązek podatkowy leży po stronie wykonawcy, zaś termin dokonania akceptacji raportu przez Zamawiającego w żaden sposób nie wpływa na obowiązek wystawienia faktury w określonym terminie, gdyż ten nie jest regulowany stosownymi przepisami, a jedynie warunkuje możliwość przedstawienia faktury do zapłaty Zamawiającemu.

Do niniejszego postępowania odwoławczego, przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosiły Comarch Polska S.A. oraz Eviden Polska S.A.

Pismem z dnia 26 września 2024 r., Odwołujący Asseco Poland wskazał, że z uwagi na to, że Zamawiający dokonał zmiany SWZ w przedmiotowym zakresie, postępowanie podlega umorzeniu co do:

- 1) części zarzutu 2 odwołania, tj. w odniesieniu do wniosków 2), 3) i 4) odwołania,
- 2) zarzutów 3 – 8 odwołania,

- 3)zarzutów 10 – 15 odwołania,
- 4)zarzutu 18 odwołania,
- 5)zarzutów 20 – 21 odwołania,
- 6)zarzutu 23 odwołania.

Tym samym, Odwołujący podtrzymał:

- 1)żądanie 1 dotyczące zarzutu nr 2 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia Okresu Przejściowego do 6 miesięcy;
- 2)żądanie dotyczące zarzutu 9 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dodania ust. 15 w § 5 wzoru Umowy o treści wskazanej w uzasadnieniu odwołania oraz o modyfikacji brzmienia § 11 ust. 5 pkt s) wzoru Umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 3)żądanie dotyczące zarzutu 16 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dodania w § 5 ust. 4 wzoru Umowy postanowień wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
- 4)żądanie dotyczące zarzutu 17 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 5 ust. 10 wzoru Umowy;
- 5)żądanie dotyczące zarzutu 19 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z § 6 ust. 13 wzoru Umowy w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
- 6)żądanie dotyczące zarzutu 22 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji brzmienia § 11 ust. 2 i 3 wzoru Umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 7)żądanie dotyczące zarzutu 24 odwołania, wnosząc o uzupełnienie spornego § 11 ust. 5 lit. k) wzoru Umowy o doprecyzowanie o treści wskazanej w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 26 września 2024 r.;
- 8)żądanie dotyczące zarzutu 25 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu zmiany wysokości kary umownej, o której mowa w § 11 ust. 5 lit. n) z 2% na 0,2%;
- 9)żądanie dotyczące zarzutu 26 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu zmiany wysokości kary umownej, o której mowa w § 11 ust. 5 lit. t) z 1% na 0,1%;
- 10)żądanie dotyczące zarzutu 27 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli waloryzacyjnej określonej w § 16 ust. 6 wzoru Umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 11)żądanie dotyczące zarzutu 28 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli waloryzacyjnej określonej w § 16 ust. 6 wzoru Umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania oraz
- 12)żądanie dotyczące zarzutu 28 odwołania, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany brzmienia w § 10 ust. 9 wzoru Umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Na posiedzeniu, dnia 3 października 2024 r., Odwołujący dodatkowo oświadczył, że w zakresie zarzutów nr 9 oraz 24 wnosi o umorzenie postępowania z uwagi na ich bezprzedmiotowość. Jednocześnie zmienił stanowisko procesowe w sprawie żądania co do zarzutu 10 i oświadczył, że podtrzymuje ten zarzut. Cofnął zaś zarzut 17.

Pismem z dnia 9 października 2024 r., Asseco Poland odniósł się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie dnia 3 października 2024 r. i zmodyfikował żądanie odwołania odnoszące się do zarzutu 1 poprzez ograniczenie zakresu żądanych dokumentów, w sposób następujący: „1. udostępnienia wykonawcom scenariuszy testowych i repozytorium EAP w sposób umożliwiający swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich, 2. udostępnienia kodów źródłowych poprzez zapewnienie środków technicznych i organizacyjnych oraz wprowadzenie procedury zapoznania się z kodem źródłowym w siedzibie Zamawiającego w wymiarze nie mniejszym niż 32 godziny robocze przez nie mniej niż 4 pracowników wykonawcy, 3. ustalenie Terminu Składania Ofert minimum 4 tygodnie od dnia udostępnienia w/w dokumentów i kodów źródłowych.” Wyjaśnił, że po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego ograniczył żądanie w pkt 1 – tj. obecnie żąda tylko udostępnienia scenariuszy testowych oraz repozytorium EAP. Ponadto, podtrzymał żądanie udostępnienia kodów źródłowych określone w odwołaniu w pkt 2, domagając się, aby umożliwiono mu zapoznanie się z kodem źródłowym w siedzibie Zamawiającego. Przedstawił również dodatkową argumentację dotyczącą uzasadnienia zarzutu 2.

Ponadto, w piśmie z dnia 13 października 2024 r., odniósł się do wprowadzonych przez Zamawiającego zmian OPZ z dnia 10 października 2024 r. wskazując, że podtrzymuje zarzut 10, bowiem zmiany w żaden sposób nie realizują żądań Asseco Poland. Zmodyfikował również żądanie, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ: a) zgodnych ze stanowiskiem wyrażonym w piśmie procesowym z 17 września 2024 roku, tj. rozdzielenia certyfikacji od dostosowania, b) podtrzymanie wprowadzonego ograniczenia liczby certyfikacji do 24, c) ograniczonego zakresu zdarzeń wystąpienia konieczności przeprowadzenia certyfikacji – zgodnej ze stanowiskiem przedstawionym na rozprawie 3 października 2024 roku – w ramach którego, pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że certyfikacja będzie

miała miejsce w sytuacji, gdy zmiany będzie wymagała wersja oprogramowania wylistowanego w ustępie 9.

Na rozprawie dnia 14 października 2024 r., Odwołujący cofnął ponadto zarzut 25 odwołania oraz wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu 26 z uwagi na to, że dalsze postępowanie stało się zbędne.

KIO 3188/24

W dniu 2 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarch Polska S.A. od czynności sformułowania treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji warunków zamówienia, niezgodnie z PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP – poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób pomijający okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję, przez wskazanie oprogramowania gotowego spółki TIMSI, co do którego Zamawiający nie przekazuje wykonawcom jego dokumentacji ani kodów źródłowych, w wyniku czego możliwość złożenia oferty i wykonania zamówienia przez innych wykonawców niż TIMSI uzależniona jest od zgody firmy TIMSI;
- 2.art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 PZP w związku z art. 132 PZP, art. 7 pkt 18) i 26) PZP – poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niedopuszczalny dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, będący faktycznie w ramach usług rozwoju formą umowy ramowej z jednym wykonawcą, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy PZP – poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję, w wyniku ukształtowania niesprecyzowanych warunków licencyjnych Oprogramowania Gotowego wraz z brakiem obowiązku przekazania Zamawiającemu kodów takiego oprogramowania, co spowoduje dalsze uzależnienie się Zamawiającego od określonych dostawców Oprogramowania Gotowego, co uniemożliwi konkurencyjne ubieganie się o zamówienie w przedmiocie utrzymania i rozwoju systemu PROK-SYS;
- 3.art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia Kodów źródłowych Systemu będących w posiadaniu Zamawiającego i zapowiedź ich udostępnienia dopiero po zawarciu umowy wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa;
- 4.art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez określenie zbyt krótkiego Okresu przejściowego (zaledwie 2-miesięcznego) w zestawieniu z zakresem zobowiązań wykonawcy do wykonania w tym okresie, co utrudnia uczciwe i równe konkurowanie o zamówienie z dotychczasowym wykonawcą przedmiotu zamówienia;
- 5.art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP poprzez brak udostępnienia w ramach OPZ informacji dotyczących dotychczasowej charakterystyki/danych statystycznych świadczenia Usług Utrzymania, w wyniku czego nie ma możliwości oszacowania pracochłonności, a zatem i ceny oferty w oparciu o rzeczywiste dane dotyczące przedmiotu zamówienia;
- 6.art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP poprzez niejasny/nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający rzetelne oszacowanie kosztów jego realizacji w zakresie konieczności zapewnienia parametrów wydajnościowych zgodnie z umową;
- 7.art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niemożliwy do oszacowania kosztu realizacji wymagań związanych z realizacją obowiązków dotyczących Oprogramowania Systemowego oraz innych produktów podmiotów trzecich oraz wymagań.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Na rozprawie dnia 3 października 2024 r. przedstawił fakturę na kwotę 4 428 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W tym samym terminie, Zamawiający przedstawił fakturę na kwotę 10 800 zł, w tym kwotę 3 600 zł obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 3188/24.

Jak uzasadnił w odwołaniu, w odniesieniu do zarzutu 1, Odwołujący zarzucił, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a nawet w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom innym niż TiMSI. Dotyczy to m.in. Załącznika nr 1 do SWZ (OPZ): pkt 3.3.2 ppkt 3.3.2.1, pkt 3.3.3 ppkt 2, 8, 10. Uważa on bowiem, że zrealizowany na rzecz Zamawiającego w 2018 r. projekt pn. „Budowę i wdrożenie systemu PROK-SYS”, znak sprawy: PK XF 261.29.2018 doprowadził do założenia w ramach Systemu PROK-SYS tzw. vendo locka – poprzez wdrożenie Oprogramowania Gotowego firmy TIMSI sp. z o.o., co do którego Zamawiający nie posiada kodów źródłowych, co zdaniem Odwołującego wynika z § 13 ust. 1 lit. b, ust. 10, ust. 13, ust. 15 i ust. 17 umowy dot. ww. zamówienia. Co istotne, zdaniem Odwołującego, udział oprogramowania firmy TiMSI Sp. z o. o. w zestawieniu

komponentów systemu PROK-SYS stanowi ok. 10%, tj. Oprogramowanie Gotowe TIMSI występuje w 4 Podsystemach Systemu PROK-SYS: 1. Podsystem Libra, 2. Podsystem EOD (Obszar funkcjonalny obsługi obiegu dokumentów), 3. Podsystem OFW (Obszar funkcjonalny formularzy i wykazów), 4. Podsystem OFA. Odwołujący wyjaśnił, iż w poprzednim postępowaniu przekazanie Zamawiającemu kodów źródłowych do Oprogramowania Gotowego nie było wymagane (§ 7 ust. 21 umowy), kody źródłowe miały być przekazane wyłącznie do Oprogramowania Dedykowanego, czyli wytworzonego na potrzeby realizacji umowy (§ 7 ust. 20 umowy). „Wykonawca był zobowiązany dostarczać usługi wsparcia (utrzymania, maintenance'u) producenta Oprogramowania Gotowego do zakończenia gwarancji oraz dostarczać udostępniane przez producenta Oprogramowania Gotowego poprawki oraz nowe wersje tego oprogramowania. Na etapie gwarancji wykonawca zapewniał usuwanie błędów Oprogramowania Dedykowanego przez producenta (nie było to jego własne zobowiązanie).” Jak podał, powyższe zobowiązania wynikały z § 8 ust. 45 umowy, § 13 ust. 14 umowy oraz § 8 ust. 16 umowy. Według Odwołującego, przewidziane jako przedmiot niniejszego zamówienia usługi, takie jak naprawa Błędów i Wad Oprogramowania Gotowego oraz dostosowywanie Oprogramowania Gotowego do zmian Oprogramowania Standardowego – nie mogą być zrealizowane bez dostępu do kodów źródłowych Oprogramowania Gotowego TIMSI. Odwołujący zarzucił ponadto, że Zamawiający całe ryzyko i ciężar pozyskania powyższego przerzucił na wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający nie określił nawet w specyfikacji jakimi licencjami firmy TIMSI Sp. z o.o. dysponuje. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: 1. wydzielenie z przedmiotu zamówienia podsystemów – Oprogramowania Gotowego, do którego wyłączne prawa autorskie oraz kody źródłowe posiada spółka TIMSI sp. z o.o. lub 2. Zapewnienie wszystkim wykonawcom konkurencyjnych warunków poprzez udostępnienie na potrzeby realizacji umowy: a. Kodów źródłowych do Oprogramowania Gotowego spółki TIMSI Sp. z o.o. objętego postępowaniem; b. Licencji Oprogramowania Gotowego spółki TIMSI Sp. z o.o. objętego postępowaniem uprawniających wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym do modyfikacji i zmian Oprogramowania Gotowego TIMSI i jego kodów; c. Licencji Oprogramowania Gotowego spółki TIMSI Sp. z o.o. na potrzeby przygotowania, budowy i eksploatacji niezbędnych wewnętrznych środowisk developerskich i testowych przez wykonawców; d. Dokumentacji o Oprogramowania Gotowego spółki TIMSI Sp. z o.o. objętego postępowaniem. W zakresie uzasadnienia zarzutu 2, Odwołujący podniósł, iż przedmiot niniejszego postępowania został ukształtowany w sposób pozwalający na ominięcie ustawy PZP przy realizacji dowolnych zakupów Oprogramowania Gotowego i Systemowego, gdyż w ramach usług rozwoju Systemu dopuszcza zamawianie dowolnego Oprogramowania Gotowego i Systemowego, tak jak na zasadach umowy ramowej. Mając to na uwadze, Odwołujący wniósł o: 1) wyłączenie z przedmiotu zamówienia możliwości dostaw niesprecyzowanego Oprogramowania Gotowego oraz Oprogramowania Standardowego; 2) wprowadzenie do wzoru umowy warunków licencji Oprogramowania Gotowego zobowiązania udostępniania Zamawiającemu w ramach licencji kodów źródłowych Oprogramowania Gotowego wraz ze zmianami SWZ, eliminującymi powiązanie Kodów Źródłowych tylko i wyłącznie z Oprogramowaniem Dedykowanym 3) wprowadzenie do wzoru Umowy warunków licencji Oprogramowania Gotowego - pół eksploatacji umożliwiających Zamawiającemu lub wybranemu przez niego podmiotami trzeciemu realizację usług utrzymania i rozwoju, w tym szczególności pola obejmującego tłumaczenie, modyfikację, zmiany i dostosowania Oprogramowania Gotowego do potrzeb Zamawiającego w tym również w zakresie kodów źródłowych tego oprogramowania, wraz z prawem do wykonywania praw zależnych do powstałych utworów. Odnosząc się do zarzutu 3, Comarch Polska wskazał, że Zamawiający nie udostępnił w SWZ będących w jego posiadaniu kodów źródłowych Systemu, w tym również kodów źródłowych Oprogramowania Dedykowanego. Zgodnie z treścią OPZ (pkt 3.2.2) Zamawiający zobowiązał się co prawda do przekazania Wykonawcy Kodów Źródłowych Oprogramowania Dedykowanego, ale dopiero po podpisaniu umowy. Podkreślił przy tym, że wykonawcy muszą mieć dostęp do kodów źródłowych, aby oszacować nakład pracy niezbędny do wyceny oferty. Jego zdaniem, prowadzi to do niedopuszczalnego faworyzowania wykonawcy, który zbudował, a następnie utrzymuje i rozwija System PROK-SYS, w ramach bieżącej umowy. Mając to na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikację SWZ poprzez zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia Wykonawcom na etapie postępowania przetargowego aktualnych kodów źródłowych Systemu PROK-SYS, w sposób umożliwiający swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich na potrzeby przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz zapewnienie wykonawcom odpowiedniej ilości czasu na zapoznanie się z dokumentacją systemu (nie mniej niż 40 dni od dnia udostępnienia). Uzasadniając zarzut 4, Odwołujący wskazał, iż dotyczy on zbyt krótkiego

Okresu Przejściowego, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SWZ, § 1 Definicje, tj. 2 miesiące od dnia podpisania Umowy oraz braku zdefiniowania terminów realizacji zobowiązań Zamawiającego w Okresie Przejściowym. Odwołujący podniósł, iż standardem w innych postępowaniach na przejęcie utrzymania systemów o podobnej skali jest okres przejściowy pomiędzy min. 3 a 12 miesięcy. Wskazał na postępowania prowadzone przez: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (postępowanie „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZK, IACS plus, GIS, SIZ, PZS plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”, nr sprawy: DPiZP.2610.25.2023), Centrum Informatyki Resortu Finansów (postępowanie „Usługa utrzymania Systemu e-Podatki, znak sprawy PN/66/23/HGEA oraz postępowanie „Świadczenie usług rozwoju i utrzymania Systemu SZPROT”; nr postępowania PN/22/24/IATS). Odwołujący podkreślił, że zakres obowiązków wykonawcy niezbędnych do przygotowania do świadczenia usług, określony w pkt 3.2. OPZ jest olbrzymi i „Zwraca uwagę, że Zamawiający w ramach Okresu Przejściowego zamawia swoisty audyt Systemu, jego Dokumentacji oraz środowisk, w tym zobowiązuje wykonawcę do identyfikacji braków czy rozbieżności pomiędzy Dokumentacją, a stanem rzeczywistym Systemu.” Zarzucił również, że Zamawiający nie określił w SWZ żadnych gwarantowanych terminów przekazania wykonawcy Kodów Źródłowych, Skrypty Konfiguracyjne oraz pełnej Dokumentacji, zaś wykonawca dopiero po ich otrzymaniu oraz ich szczegółowej analizie będzie mógł przystąpić do realizacji niektórych obowiązków. Odwołujący podkreślił, iż w przypadku niezrealizowania przez wykonawcę w niespotykanie krótkim przy tego rozmiarze systemów Okresie Przejściowym., wszystkich w/w zobowiązań Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy - Załącznik nr 2 do SWZ, § 15. Odpowiedzialność Stron, ust. 2. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez: a) wprowadzenie 4 miesięcznego Okresu Przejściowego pomiędzy dniem podpisania umowy, a dniem rozpoczęcia świadczenia usług, z możliwością skrócenia za wspólnym porozumieniem stron, b) uzupełnienie SWZ o zobowiązanie Zamawiającego udostępnienia wykonawcy najpóźniej w terminie 3 dni od zawarcia umowy aktualnych na dzień zawarcia umowy Kodów Źródłowych, Dokumentacji, Skryptów Konfiguracyjnych oraz udzielenia pełnego dostępu do wszystkich środowisk Systemu. W odniesieniu zaś do zarzutu 5, dotyczącego braku danych statystycznych dotyczących dotychczasowej usługi utrzymania Systemu PROK-SYS Odwołujący Comarch Polska podniósł, iż bez tych danych nie jest w stanie oszacować pracochłonności oraz liczby etatów zespołu, który powinien zostać skierowany do realizacji zadań utrzymaniowych, a w rezultacie nie jest w stanie oszacować kosztów realizacji zamówienia i wycenić oferty. Wg niego, oczywistym jest, że system ulegający częstym awariom wymagać będzie większej liczby specjalistów. „Historyczne statystyki dają Wykonawcy obraz tego, jak kształtuje się dotychczasowa awaryjność systemu, a więc pośrednio wiedzę o jakości jego wykonania, potencjalnych obszarach problemowych, czy w końcu o klasie występujących w Systemie błędów i ich potencjalnej złożoności. Wiedza historyczna pozwala oszacować potencjalną pracochłonność w przyszłości, jeżeli nie wprost, to poprzez oszacowanie ryzyka wystąpienia zwiększonej pracochłonności związanej z usuwaniem błędów czy awarii. Bez takiej wiedzy sporządzenie wyceny może być zatem niemożliwe. Tymczasem Zamawiający, opisując System PROK-SYS, zawarł w pkt 2.8 OPZ (Załącznik nr 1 do SWZ) jedynie łączne zestawienie wszystkich zgłoszeń dotyczących poszczególnych podsystemów za okres od stycznia 2023 r. do lutego 2024 r., bez rozróżnienia, czy dane Zgłoszenie było Awarią, Błędem Krytycznym, Błędem Niekrytycznym, Błędem Niskiej Kategorii, czy też innym typem zgłoszenia.” – i to, zdaniem Odwołującego – nieaktualne. Mając to na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez uzupełnienie jej o: daty produkcyjnego uruchomienia ostatnich zmian funkcjonalnych w Systemie w okresie ostatnich 6 miesięcy oraz dane statystyczne od stycznia 2023 r. do końca lipca 2024 r. obejmujący liczbę zgłoszeń dotyczących poszczególnych podsystemów Systemu PROK-SYS w rozbiu na typ i kategorię zgłoszenia. Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu 6, Comarch Polska wskazał, iż Zamawiający nie podał również w SWZ aktualnych rzeczywistych parametrów wydajnościowych Systemu, ani nie przedstawił informacji, jak – będące aktualnie w realizacji modyfikacje rozwojowe Systemu (Załącznik nr 11 do OPZ - Zestawienie zleceń rozwojowych w trakcie realizacji) – wpłyną na spełnienie wskazanych parametrów wydajnościowych. W ocenie Comarch Polska, Zamawiający powinien uwzględnić również planowany w ramach przedmiotu zamówienia rozwój. Wobec tego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez: podanie aktualnych parametrów wydajnościowych spełnianych przez System (zestawieniu za ostatni półroczny okres); przedstawienie w OPZ własnej analizy wpływu aktualnie realizowanych zmian rozwojowych na wydajność systemu; przedstawienie w OPZ procedury i harmonogramu rozszerzenia infrastruktury sprzętowo-systemowej systemu, w przypadku gdy planowane Zlecenia rozwojowe będą wpływać na możliwość

zapewnienia wymaganych parametrów wydajnościowych; przedstawienie w OPZ procedury i harmonogramu rozszerzenia infrastruktury sprzętowo-systemowej systemu, w przypadku gdy zwiększania się wolumetrii przetwarzanych danych w systemie lub przeniesienie zobowiązania Wykonawcy do dostosowania Systemu celem osiągnięcia wymaganych parametrów wydajnościowych jako zobowiązania do realizacji w ramach zakresu świadczenia usług rozwojowych. W zakresie ostatniego zarzutu odwołania, zarzutu 7 dotyczącego zobowiązań odnoszących się do certyfikacji Oprogramowania Systemowego oraz innych produktów podmiotów trzecich, Comarch Polska podniósł, że z racji braku określenia w SWZ limitu tych prac, a także braku informacji w oparciu, o które wykonawca mógłby przewidzieć ilość, częstotliwość oraz konieczny zakres tych prac, ich koszt w okresie realizacji umowy jest niemożliwy do określenia. Przy czym, Odwołujący podkreślił, że Wynagrodzenie za Usługę utrzymania jest wynagrodzeniem ryczałtowym i wskazał, że wynagrodzenie za wykonanie takiej usługi w przyszłości powinno być określane osobno dla każdego przypadku zlecanego przez Zamawiającego. Zamawiający przewidział taką pulę usług w rozdziale 3.4.2. OPZ (Zakres świadczenia usług rozwojowych). Wobec powyższego, Odwołujący w odwołaniu sformułował wniosek o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez: usunięcie wymagania opisanego OPZ punkt 3.3.3, ppkt 2, litera a) i b) oraz dodanie przedmiotowej usługi do zadań realizowanych w ramach puli roboczogodzin w ramach Usług rozwoju. W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 PZP z uwagi na to, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie z uzasadnieniem jak w przypadku wniosku o odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. KIO 3187/24. Ewentualnie, wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 3.600,00 zł, stanowiącej równowartość kosztów poniesionych przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedstawioną fakturą. Odnosząc się do zarzutu 1 dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia utrudniającego konkurencję – Oprogramowanie Gotowe autorstwa spółki TIMSI, tj. naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP wskazał, że nie oczekuje modyfikowania Oprogramowania Gotowego TIMSI, poprzez zmianę jego kodu źródłowego, lecz świadczenia usług utrzymania oraz rozwoju Systemu PROK-SYS, które to usługi, jego zdaniem, jest w stanie świadczyć każdy wykonawca w oparciu o posiadane przez Zamawiającego uprawnienia licencyjne. Uważa, że naprawy Błędów lub Wad Systemu można dokonać bez konieczności ingerencji w kod źródłowy, np. poprzez dokonywanie modyfikacji sposobu działania Oprogramowania Gotowego za pomocą wbudowanych lub dostarczonych narzędzi, w tym parametryzacji, konfiguracji oraz customizacji tego oprogramowania, do czego Zamawiający jest uprawniony w świetle § 13 ust. 5 w zw. z ust. 13 umowy. Podniósł, że podobny zarzut byłby oczywiście absurdalny w stosunku do produktów firmy Microsoft. Dodał, że w razie potrzeby każdy wykonawca może zakupić odpowiednie licencje, a nawet usługi związane z utrzymaniem tego oprogramowania u producenta. Odnosząc się do zarzutu 2, dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na ominięcie przepisów PZP przy realizacji dowolnych zakupów Oprogramowania Gotowego i Oprogramowania Systemowego oraz regulacji warunków licencyjnych, ograniczających konkurencję (Oprogramowanie Gotowe), a tym samym naruszenia art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 PZP w związku z art. 132 PZP, art. 7 pkt 18) i 26) PZP – Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wykazał niezgodności proponowanego przez Zamawiającego rozwiązania z powoływanymi przepisami prawa. „Z treści SWZ, w tym projektu Umowy wynika jednoznacznie, że Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia w ramach prawa Opcji przewidział realizację Usług rozwojowych a nie, jak twierdzi Odwołujący, sam dowolny zakup Oprogramowania Gotowego lub Oprogramowania Standardowego.” Wyjaśnił, iż procedura składania zleceń rozwojowych w ramach Opcji została opisana w pkt 3.4.3 OPZ i dotyczy wprowadzenia do Systemu nowych funkcjonalności, modyfikacji funkcjonalności, zmian pozafunkcyjnych lub dostosowania Systemu do zmian zachodzących w jego otoczeniu. Uważa, że interes Zamawiającego jest w większym stopniu zapewniony w sytuacji, gdy za zakup oprogramowania odpowiada wykonawca zobowiązany do osiągnięcia konkretnego celu. W zakresie dotyczącym zarzutu 3, polegającego na naruszeniu art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP, wskutek braku udostępnienia kodów źródłowych Systemu, Zamawiający wskazał, że jest to uzasadnione koniecznością ich ochrony, bowiem jawność kodów źródłowych w bardzo dużym stopniu zwiększa ryzyko przeprowadzania ataków na System PROK-SYS, który jest systemem szczególnie istotnym z punktu widzenia ochrony bezpieczeństwa państwa oraz interesu prywatnego wszystkich osób, podlegających rejestracji w systemie. W jego ocenie, realność zagrożeń potwierdzają raporty podmiotów zewnętrznych takich jak CSIRT ABW czy CERT Polska jak również dane Biura Bezpieczeństwa Wewnętrznego Prokuratury Krajowej dotyczące

zdarzeń zarejestrowanych w Prokuraturze, w szczególności wskazujących na to, że w systemie SPLUNK w 2023 r i pierwszej połowie 2024 r. zarejestrowano ponad 82 tys. zdarzeń, z których prawie 4 tys. stanowiły zdarzenia skalsyfikowane jako High i Critical, wśród nich również ataki ukierunkowane na System PROK-SYS. Zamawiający zaprzeczył ponadto, aby kody źródłowe były niezbędne do oszacowania pracochłonności i dodał, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, jakie informacje wynikające z kodów źródłowych są niezbędne dla oszacowania kosztów wykonania zamówienia, ale nawet ich nie wymienił i nie opisał. Kontestując zarzut 4 dotyczący naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego wskutek określenia zbyt krótkiego Okresu Przejściowego, Prokuratura Krajowa poinformowała, że w dniu 17 września 2024 r. dokonano zmiany SWZ, tj. w pkt 3.2.2. ppkt 1 wskazano, że Zamawiający udostępni wykonawcy Dokumentację Systemu, Kody Źródłowe oraz zapewni dostęp pracownikom wykonawcy delegowanym do świadczenia usług do środowisk Systemu, w terminie do 3 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy, dodano ppkt 3 w pkt 3.2.2. precyzujący zasady współpracy Zamawiającego w procesie transferu wiedzy w Okresie Przejściowym oraz usunięto z pkt 3.2.3 ppkt 1 obowiązki wskazane w lit g), h) oraz j) i przeniesiono możliwość ich zrealizowania jako usług wsparcia eksperckiego na etapie świadczenia usług utrzymania na podstawie pkt 3.3.6. OPZ. Zamawiający podniósł, iż wprowadzenie Okresu Przejściowego w tego typu zamówieniach nie jest wymogiem obligatoryjnym w świetle przepisów prawa. Tytułem przykładu podał postępowanie prowadzone przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii na Zakup usługi utrzymania infrastruktury SIG (Nr referencyjny: BDG-ZP.2610.17.2020.IZ), w ramach którego w ogóle nie przewidziano okresu przejściowego. Ponadto, wyjaśnił, iż przyjęta przez niego długość Okresu Przejściowego jest podyktowana koniecznością zapewnienia ciągłości usług od dnia 1 stycznia 2025 r. Uznał również, iż wykorzystanie osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego przez okres 2 miesięcy i właściwe zarządzanie pracą tych osób powinno być wystarczające do wykonania obowiązków realizowanych w Okresie Przejściowym. Odnosząc się do zarzutu 5 wskazał, że w dniu 17 września 2024 r. dokonał zmian SWZ, tj. w pkt 2.8 OPZ dodał statystykę zgłoszeń w okresie kwiecień 2023- czerwiec 2024 z podziałem na kategorie (Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny, Błąd Niskiej Kategorii). Co do zarzutu 6 odwołania podniósł, że wskazane w pkt 2.5.1. OPZ wymagania wydajnościowe stanowią, zgodnie z aktualną wiedzą Zamawiającego, zarówno odzwierciedlenie stanu aktualnego, jak również granicę odpowiedzialności wykonawcy. Dodał, że dokonał modyfikacji SWZ i udostępnił zmieniony Załącznik 11 do OPZ, opisujący obecnie wdrażane modyfikacje, uzupełniony o wskazanie pracochłonności poszczególnych Zleceń rozwojowych – jego zdaniem są to drobne zmiany, bez wpływu na parametry wydajnościowe, zaś związane w tym prace rozwojowe mogą wynieść maksymalnie 250 000 Roboczogodzin. Jego zdaniem, określona procedura, gwarantująca zapewnienie infrastruktury, pozwalającej na zachowanie określonych w OPZ parametrów wydajnościowych Systemu została przewidziana w § 5 ust 10 projektu Umowy. W zakresie dotyczącym zarzutu 7, Zamawiający wskazał, iż dnia 17 września 2024 r. dokonał zmian SWZ, w świetle których pkt 3.3.3 ppkt 6 OPZ otrzymał brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest zrealizować obowiązek certyfikacji na zasadach określonych w niniejszym punkcie w odniesieniu do maksymalnie 24 produktów, rozumianych jako nowe Oprogramowanie Systemowe, nowa wersja Oprogramowania Systemowego, inny produkt dostarczany przez podmiot trzeci lub Zamawiającego.” Tym samym, wprowadził ograniczenie ilościowe w zakresie świadczenia usług certyfikacji, zabezpieczając interes wykonawcy. Podniósł, że Odwołujący nie wykazał, dlaczego usługi certyfikacji powinny zostać ujęte w ramach Usług rozwojowych. Ponadto, jego zdaniem, skoro Odwołujący nie kwestionuje zakwalifikowania usuwania Błędów w ramach usługi utrzymaniowej, to brak jest również podstaw do podważania możliwości traktowania, jako usługi utrzymaniowej usługi certyfikacji – skoro usługa ta charakteryzuje się określonym stopniem niepewności i jej natura jest podobna, bowiem nie skutkuje żadną zmianą w Systemie (jak w przypadku usług rozwojowych) i służy osiągnięciu celu Umowy, tj. zapewnieniu efektywnej i bezpiecznej możliwości korzystania z w pełni funkcjonalnego Systemu.

Do postępowania przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy Asseco Poland S.A. oraz Eviden Polska S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 26 września 2024 r., Odwołujący Comarch Polska oświadczył, że cofa zarzuty nr 2 i 3 odwołania oraz wskazał, że z uwagi na to, że Zamawiający dokonał zmiany SWZ w zakresie dotyczącym zarzutu nr 6 toteż postępowanie w tej części podlega umorzeniu.

Ponadto, ww. pismem Odwołujący podtrzymał i wniósł o skierowanie do rozpoznania na rozprawie zarzuty nr 1, 4, 5 i 7, przy czym:

1)w zakresie zarzutu nr 1 – doprecyzował żądanie w ten sposób, że wnosi o 1. wydzielenie z przedmiotu zamówienia

podsystemów – Oprogramowania Gotowego, do którego wyłączne prawa autorskie oraz kody źródłowe posiada spółka TiMSI sp. z o.o. oraz zapewnienie wszystkim wykonawcom na potrzeby realizacji umowy licencji Oprogramowania Gotowego spółki TiMSI Sp. z o.o. na potrzeby przygotowania, budowy i eksploatacji niezbędnych wewnętrznych środowisk developerskich i testowych przez wykonawców lub 2. zapewnienie wszystkim wykonawcom konkurencyjnych warunków poprzez udostępnienie na potrzeby realizacji umowy: a. Kodów źródłowych do Oprogramowania Gotowego spółki TiMSI Sp. z o.o. objętego postępowaniem; b. Licencji Oprogramowania Gotowego spółki TiMSI Sp. z o.o. objętego postępowaniem uprawniających wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym do modyfikacji i zmian Oprogramowania Gotowego TiMSI i jego kodów; c. Licencji Oprogramowania Gotowego spółki TiMSI Sp. z o.o. na potrzeby przygotowania, budowy i eksploatacji niezbędnych wewnętrznych środowisk developerskich i testowych przez wykonawców; d. Dokumentacji o Oprogramowania Gotowego spółki TiMSI Sp. z o.o. objętego postępowaniem;

- 2)w zakresie zarzutu nr 4 – podtrzymał żądanie nr 4 wskazane w lit. a) tj. o nakazanie wprowadzenia 4 miesięcznego Okresu Przejściowego pomiędzy dniem podpisania umowy, a dniem rozpoczęcia świadczenia usług, z możliwością skrócenia za wspólnym porozumieniem stron, natomiast nie podtrzymał żądania wskazanego w lit. b) – z uwagi na fakt, iż zostało ono zrealizowane przez Zamawiającego poprzez wprowadzenie do SWZ żądanej zmiany;
- 3)w zakresie zarzutu nr 5 – podtrzymał drugie z dwóch żądań nr 5, tj. o nakazanie uzupełnienia SWZ o dane statystyczne od stycznia 2023 r. do końca lipca 2024 r. obejmujące liczbę zgłoszeń dotyczących poszczególnych podsystemów Systemu PROK-SYS w rozbiciu na typ i kategorię zgłoszenia, natomiast nie podtrzymał pierwszego z żądań nr 5 (o daty produkcyjnego uruchomienia ostatnich zmian funkcjonalnych);
- 4)w zakresie zarzutu nr 7 – zmodyfikował żądanie wnosząc o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ poprzez dookreślenie parametrów każdej z 24 Certyfikacji ze szczególnym uwzględnieniem: • wskazania dokładnej listy Oprogramowania Systemowego, innych produktów podmiotów trzecich podlegających certyfikacji; • wskazania listy komponentów Oprogramowania Dedykowanego wymagających dostosowania; • zakresu dostosowania komponentów Oprogramowania Dedykowanego; alternatywnie, jeśli powyższe nie jest możliwe – wyłączenie certyfikacji z Usługi utrzymania i dostosowanie pozostałych postanowień tak, by certyfikacja odbywała się na zlecenie Zamawiającego w ramach ustalonej puli roboczogodzin.

Na posiedzeniu dnia 3 października 2024 r., Comarch Polska wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu 5, z uwagi na wprowadzone przez zamawiającego zmiany do SWZ.

Następnie, pismem procesowym z dnia 11 października 2024 r. – po zapoznaniu się ze zmianami OPZ dokonanymi przez Zamawiającego dnia 10 października 2024 r., Odwołujący podtrzymał zarzut 7 odwołania oraz jego żądanie zmodyfikowane pismem z 26 września 2024 r. Wyjaśnił, iż w jego ocenie dokonane zmiany nie realizują w żaden sposób żądania zarzutu 7 odwołania Comarch Polska, tj. żadnej z podanych alternatyw, a ponadto, że zmiany te są poza zakresem zaskarżenia tego zarzutu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że wszystkie trzy odwołania nie zawierają braków formalnych oraz terminowo zostały uiszczone od nich wpisy w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołania nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP. W szczególności, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, odwołania w sprawach o sygn. KIO 3187/24 oraz KIO 3188/24 nie podlegały odrzuceniu w oparciu o art. 528 pkt 3 PZP. Izba stwierdziła, iż oba odwołania zostały wniesione w terminie określonym w ustawie, a za właściwy termin Izba uznała termin wynikający z art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP, w świetle którego, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i ust. 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Bezsprzecznie, terminu wniesienia odwołania w niniejszej sprawie nie może wyznaczać moment przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (ust. 1 art. 515 PZP). Sporne między stronami było jednak, czy w tym przypadku zastosowanie znajduje ust. 2 czy też ust. 3 przepisu art. 515 PZP. Zamawiający podnosił, iż odwołania podlegają odrzuceniu, bowiem Odwołujący nie dochowali wynikającego z ust. 2 terminu na wniesienie odwołania – zastrzeżonego dla zaskarżenia treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub treści dokumentów zamówienia – liczonego od momentu publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Z kolei, Odwołujący podnosili, że bieg terminu wyznacza regulacja zawarta w ust. 3, tj. z momentem powzięcia lub możliwości powzięcia, przy zachowaniu należytej staranności, wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania – biorąc pod uwagę fakt, że dokumenty zamówienia, objęte zarzutami odwołania nie były opublikowane, lecz przekazane wykonawcom na wniosek, po podpisaniu oświadczenia o zachowaniu poufności. Izba nie miała wątpliwości, iż rację w tym względzie mają Odwołujący, a zatem,

że bieg terminu na wniesienie odwołania wobec treści dokumentów zamówienia, które nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE ani zamieszczone na stronie internetowej – rozpoczyna się z momentem powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia lub momentem, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć takie wiadomości. Tym samym, w niniejszych sprawach momentem, z którym zaczęły biec Odwołującym terminy do wniesienia odwołań było przekazanie im przez Zamawiającego – uznanych za poufne dokumentów – Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ i Załącznik nr 1 do Wzoru umowy) wraz ze wszystkimi załącznikami oraz Wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) z załącznikami. Skoro tak, to wykonawcy dochowali terminów na wniesienie odwołań.

Izba uznała również, że wszyscy trzej Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiadają interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wynika z odwołań, postanowienia SWZ w obecnym brzmieniu powodują, że Odwołujący są pozbawieni możliwości złożenia oferty i tym samym szansy uzyskania zamówienia. Tym samym, Odwołujący mogą ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu ich zysku wynikającego z możliwości uzyskania i wykonania przez nich przedmiotowego zamówienia. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy:

1. Asseco Poland S.A. – w postępowaniu o sygn. akt 3188/24;
2. Eviden Polska S.A. – w postępowaniu o sygn. akt 3187/24 o 3188/24;
3. Comarch Polska S.A. – w postępowaniu o sygn. akt 3187/24;

oraz Comarch Polska S.A. – po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 3088/24 w zakresie zarzutu nr 3.

Izba, w oparciu o art. 568 pkt 1 PZP w zw. z art. 520 ust. 1 PZP, postanowiła umorzyć postępowanie w zakresie dotyczącym odwołania w sprawie:

- 1) KIO 3088/24 – w części dotyczącej zarzutów 1 i 5,
- 2) KIO 3187/24 – w części dotyczącej zarzutów 17 i 25,
- 3) KIO 3188/24 – w części dotyczącej zarzutów 2 i 3,

z uwagi na ich cofnięcie przez Odwołujących.

Z kolei, postępowanie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 PZP, jako zbędne (bezzasadne), bowiem – jak wskazali Odwołujący – Zamawiający w toku postępowania odwoławczego zmodyfikował odpowiednie postanowienia SWZ, co dotyczyło zarzutów odwołań:

- 1) KIO 3187/24 – w części dotyczącej zarzutów 3-9, 11-15, 18, 20, 21, 23, 24 i 26,
- 2) KIO 3188/24 – w części dotyczącej zarzutów 5 i 6.

Zgodnie z zawartym w Rozdziale III SWZ opisem przedmiotu zamówienia, przedmiotowe postępowanie przetargowe na ma celu zapewnienie świadczenia usług utrzymania, wsparcia oraz rozwoju systemu teleinformatycznego PROK-SYS w okresie 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zawarta umowa umożliwi pozyskanie usług mających na celu zapewnienie nieprzerwanego działania oraz dalszy rozwój systemu PROK-SYS, stałe utrzymanie oraz regularne aktualizacje poszczególnych komponentów aplikacyjnych. Usługi utrzymania obejmą regularne monitorowanie systemu, konserwację oraz reagowanie na wszelkie awarie i problemy techniczne oraz przeprowadzanie audytów bezpieczeństwa oraz wydajności. Szczegółowy zakres przedmiotu umowy określa Wzór umowy – Załącznik nr 2 do SWZ oraz Opis przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do SWZ (Załącznik nr 1 do Wzoru umowy) wraz z załącznikami. Wg pkt 18, w okresie obowiązywania umowy Zamawiający może zlecać w ramach Prawa Opcji realizację obowiązków wskazanych w pkt 3.4.2. OPZ na zasadach określonych w pkt 3.4. OPZ. Szczegóły opisano w OPZ i Wzorze Umowy.

Wg pkt 4 Rozdziału III, Opis przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do SWZ (Załącznik nr 1 do Wzoru umowy) wraz ze wszystkimi załącznikami oraz Wzór umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) z załącznikami, mają charakter poufny, w związku z czym – zgodnie z art. 133 ust. 3 PZP - Zamawiający nie udostępnia powyższych dokumentów na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. na Platformie dostępnej pod adresem <https://ezamowienia.gov.pl> w zakładce: Ogłoszenia i dokumenty postępowania utworzone w systemie. W związku z powyższym, mając na celu ochronę poufnego charakteru ww. informacji, ich uzyskanie przez wykonawcę wymaga zwrócenia się do Zamawiającego ze stosownym wnioskiem, którego wzór stanowi Załącznik nr 9 do SWZ, oraz podpisania przez Wykonawcę oświadczenia o zachowaniu poufności, którego wzór stanowi Załącznik nr 10 do SWZ. W terminie do 3 dni roboczych od dnia przesłania Zamawiającemu przez wykonawcę prawidłowo wypełnionego i podpisanego wniosku wraz z podpisanym przez wykonawcę oświadczeniem o zachowaniu poufności i dokumentami wykazującymi umocowanie reprezentantów, Zamawiający udostępni wykonawcy - drogą elektroniczną na Platformie dostępnej pod adresem <https://ezamowienia.gov.pl> za pośrednictwem formularzy do komunikacji dostępnych w zakładce „Formularze” („Formularze do komunikacji”) – ww. dokumentację. W pkt 7, Zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest uwzględnić termin przysługujący Zamawiającemu na udostępnienie dokumentacji oraz, że wykonawcę obciążają

wszelkie negatywne konsekwencje zbyt późnego zwrócenia się o przesłanie tej dokumentacji.

Termin wykonania zamówienia został określony w Rozdziale IV SWZ. Wykonawca będzie realizował Przedmiot Umowy w Okresie Przejściowym oraz w okresie 3 lat od dnia zakończenia Okresu Przejściowego, z zastrzeżeniem, że usługi określone w § 2 ust. 1 lit. b) wzoru Umowy będą świadczone w terminach określanych każdorazowo w Zleceniach rozwojowych i zlecane będą być mogły w okresie realizacji Przedmiotu Umowy.

W Rozdziale V pkt 8 ppkt 2 SWZ, Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący zobowiązania wykonawcy do wykazania, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to jest osobami posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie umożliwiające pełnienie określonych ról w ramach Personelu Kluczowego Wykonawcy: jeden Kierownik Projektu (lit. a), jeden Architekt systemów informatycznych (lit. b), jeden Specjalista ds. baz danych (lit. c), dwóch Specjalistów ds. bezpieczeństwa (lit. d), czterech Analityków biznesowych (lit. e), czterech Projektantów aplikacji (lit. f), 12 Programistów (lit. g), jeden Kierownik Testów oprogramowania (lit. h), czterech Testerów (lit. i), jeden Specjalista ds. szyny danych ESB (lit. j), jeden Specjalista ds. archiwum (lit. k), jeden Specjalista ds. dokumentacji Systemu (lit. l). Odnosnie funkcji Analityka biznesowego, Zamawiający oczekuje, że dla każdego z poniższych obszarów Systemu będzie przypisany co najmniej jeden analityk biznesowy: 1) EOD/LIBRA/OFW/OFA, 2) SDA/UZA/APR, 3) DOT/IWP/DRZ/SWP 4) eEvidence. Wymagane doświadczenie to: a. posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży informatycznej, rozumiane jako staż pracy w podmiotach świadczących usługi informatyczne, b. w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brał udział jako analityk biznesowy (projektant aplikacji) w co najmniej 2 projektach informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego. Wymagana wiedza i umiejętności: a. umiejętność modelowania systemów informatycznych z wykorzystaniem notacji UML i BPMN przy użyciu narzędzia Enterprise Architect (lub pokrewnego), b. umiejętność analizowania procesów biznesowych pod kątem ich optymalizacji, c. umiejętność gromadzenia wymagań poprzez analizę potrzeb użytkowników, d. dobrze rozwinięte umiejętności komunikacji interpersonalnej. e. wiedza dotycząca funkcjonowania procesów w ramach obszaru, do którego przypisana jest dana osoba. Wymagane certyfikaty: aktualny certyfikat CCBA (Certification of Competency in Business Analysis) lub CBAP (Certified Business Analysis Professional) lub równoważny. Pod tabelą zawierającą wymogi odnoszące się do Personelu Kluczowego Wykonawcy, Zamawiający zdefiniował pojęcie certyfikatu równoważnego jako dokumentu potwierdzającego nabycie podobnej wiedzy jak certyfikaty wskazane w odniesieniu do poszczególnych ról w procesie zakładającym formalną metodę weryfikacji wiedzy osoby legitymującej się dokumentem (np. egzamin weryfikujący wiedzę).

W Rozdziale XI SWZ, Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym, w cenie ofertowej winny zostać ujęte wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektem umowy określonymi w niniejszej SWZ.

Wg Rozdziału XXII SWZ, Zamawiający nie przewidział rozliczenia zwrotu kosztów udziału w postępowaniu.

W Załączniku nr 4 do SWZ, który wykonawca powinien dołączyć do oferty (stosownie do Rozdziału X pkt 16 ppkt 1 SWZ), Zamawiający wymaga wskazania kalkulacji cenowej oferty, tj. wskazania ceny za zamówienie podstawowe, określonej jako równowartość maksymalnej wysokości wynagrodzenia, w tym wynagrodzenia z tytułu realizacji Usług określonych w § 7 Umowy, z wyłączeniem Usług wsparcia eksperckiego, wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług wsparcia eksperckiego, określonego w § 7 ust 12 lit c) Umowy ustalanego w oparciu o wskazaną stawkę Roboczogodziny, ceny za zamówienie opcjonalne określonej jako równowartość wynagrodzenia ustalanego w oparciu o stawkę Roboczogodziny, a także łączne maksymalne wynagrodzenie za wykonanie Zamówienia Podstawowego oraz zamówienia objętego Prawem Opcji.

Zamawiający dokonał wyjaśnień i zmian treści SWZ dnia 12 września, 17 września, 23 września, 26 września, 2 października, 7 października, 10 października 2024 r.

Izba zapoznała się z treścią dokumentów zastrzeżonych przez Zamawiającego jako poufne, w tym z treścią Załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia oraz Załącznika nr 2 do SWZ – Wzór Umowy. Treść tych dokumentów nie została przytoczona w uzasadnieniu niniejszego wyroku, z uwagi na ich poufny charakter.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płytach DVD, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 9 września 2024 r. oraz przekazaną uzupełniająco na rozprawie dnia 14 października 2024 r., w tym w szczególności:
 - ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami,
 - potwierdzenia przekazania wykonawcom dokumentów o charakterze poufnym,
 - pytania i wyjaśnienia treści SWZ;
- 2) dokument załączony przez Odwołującego Comarch Polska w sprawie o sygn. KIO 3188/24 do odwołania, tj.:

- wzór umowy z postępowania PK XF 261.29.2018;
- 3)dokumenty złożone przez Odwołującego Asseco Poland w sprawie o sygn. KIO 3088/24 na rozprawie w dniu 3 października 2024 r., tj.:
 - Opinia Polskiego Towarzystwa Informatycznego z 27 września 2024 r.,
 - Korespondencja e-mail z 25 września i 1 października pomiędzy Asseco Poland a Timsi Sp. z o.o. wraz z załącznikami;
- 4)dokumenty złożone przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 3 października 2024 r., tj.:
 - pismo Biura Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 17 września 2024 r.,
 - umowa nr 123/03/2019 na budowę i wdrożenie systemu PROK-SYS (wyciąg),
 - oświadczenie TiMSI sp. z o.o. z 28 sierpnia 2024 r.,
 - pismo Biura Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 11 września 2024 r.;
- 5)dokumenty załączone przez Odwołującego Asseco Poland w sprawie o sygn. akt KIO 3088/24 do pisma procesowego z 17 września 2024 r., tj.:
 - wyrok SO w Warszawie z 25 czerwca 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 59/24;
 - wyrok Izby z 24 lipca 2024 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2105/24 i 2125/24;
 - oświadczenie własne wykonawcy Comarch S.A. z 20 maja 2024 r.;
 - wykaz usług i załączone do niego referencje wykonawców Comarch Polska i Comarch w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KSI ZUS);
 - wykaz usług wykonawcy Comarch z 20 maja 2024 r. w postępowaniu Dot. Z.261.6.2024;
 - skarga Comarch Polska z 21 sierpnia 2024 r. do SO w Warszawie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie KIO 2125/24.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

Izba uwzględniła odwołania Asseco Poland w sprawie 3088/24 i Comarch Polska w sprawie 3188/24 – oba w zakresie dotyczącym zarzutów odnoszących się do Oprogramowania Gotowego spółki TiMSI (odpowiednio zarzut 2 i zarzut 1 ww. odwołań). W tym zakresie, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający formułując postanowienia SWZ naruszył art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP poprzez objęcie przedmiotem zamówienia w zakresie usług utrzymania Oprogramowania Gotowego TiMSI Sp. z o.o., bez zagwarantowania wykonawcy licencji do realizacji takich usług. W ocenie Izby z żadnego postanowienia SWZ, w tym również wzoru Umowy nie wynika, że Zamawiający dysponuje stosownymi uprawnieniami (licencjami) zapewniającymi, że zlecone wykonawcy usługi utrzymania i rozwoju będą mogły być przez niego realizowane w pełnym zakresie, również w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego, w tym poprzez naprawę Błędów i Wad oraz dostosowywanie Oprogramowania Gotowego do zmian wynikających z nowych wersji Oprogramowania Systemowego. Brak dysponowania takimi uprawnieniami przez Zamawiającego potwierdza zresztą treść § 13 umowy nr 123/03/2019 na budowę i wdrożenie systemu PROK-SYS zawartej pomiędzy Zamawiającym a TiMSI sp. z o.o. i Atos Polska S.A. dnia 19 marca 2019 r. (dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie dnia 3 października 2024 r.). Jakkolwiek, dowód ten potwierdza, że Zamawiający dysponuje licencjami do Oprogramowania Gotowego w pewnym zakresie, lecz zakres ten nie obejmuje sytuacji ingerencji w kod źródłowy – co wynika z § 13 ust. 13 i ust. 15 ww. umowy i zostało potwierdzone przez samego Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Przy czym, dostrzeżenia wymaga, że sporne pozostawało również między stronami, czy realizacja usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego, w tym naprawa Błędów i Wad Oprogramowania Gotowego oraz dostosowywanie go do zmian, wymaga ingerencji w kod źródłowy, a co za tym idzie wymaga dysponowania stosownymi uprawnieniami (pola eksploatacji). Wg Zamawiającego, naprawa Błędów lub Wad systemu PROK-SYS, jeśli będą one spowodowane działaniem Oprogramowania Gotowego, co do zasady może być zrealizowana bez konieczności ingerencji w kod źródłowy tego oprogramowania. „Może ona następować, poprzez dokonywanie modyfikacji sposobu działania Oprogramowania Gotowego za pomocą wbudowanych lub dostarczonych narzędzi, w tym parametryzacji, konfiguracji oraz customizacji tego oprogramowania.” Niemniej, Odwołujący wykazał, że nie w każdym przypadku możliwe jest dokonanie naprawy Błędów lub Wad systemu PROK-SYS bez ingerencji w kod źródłowy, składając dowód w postaci opinii Polskiego Towarzystwa Informatycznego z dnia 27 września 2024 r., z którego wynika, że najczęstszą przyczyną błędów w działaniu oprogramowania są właśnie błędy w kodzie. Zamawiający nie przedstawił zaś w tym zakresie żadnego przeciwdowodu. Wobec powyższego, zgodzić należy się z Odwołującymi, iż taki opis przedmiotu zamówienia „wymusza” na wykonawcy nabycie oprogramowania (licencji) od komercyjnej firmy, tak w celu złożenia oferty, jak też w celu świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, przy czym możliwość nabycia tego oprogramowania nie jest w żaden sposób gwarantowana, w tym również co do ceny licencji zaoferowanej przez producenta Oprogramowania Gotowego TiMSI. Z uwagi na powyższe, w istocie współpraca TiMSI z wykonawcą warunkuje złożenie oferty. Niewątpliwie, stanowi

to o uprzywilejowaniu w niniejszym postępowaniu pozycji producenta TIMSI lub wykonawców z nim powiązanych. Narusza to fundamentalne zasady wynikające z art. 16 PZP, w tym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie dochodzi do uczciwego konkutowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli jeden z wykonawców ma ułatwioną drogę do złożenia najkorzystniejszej oferty. Jeśli jest to „zasługą” zamawiającego, wskutek niewłaściwego sformułowania postanowień SWZ, to mamy również do czynienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, a w tym konkretnym wypadku również z opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w sposób który faworyzuje usługi konkretnego wykonawcy (art. 99 ust. 4 PZP). Wobec powyższego, konieczne jest wprowadzenie do SWZ stosownych postanowień przywracających warunki uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W efekcie, Izba nakazała Zamawiającemu wprowadzenie do dokumentów zamówienia zapewnienia, że Zamawiający, na własny koszt, zapewni wykonawcy odpowiednie uprawnienia w zakresie autorskich praw majątkowych niezbędne do świadczenia usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego w pełnym zakresie wynikającym z SWZ, w tym do naprawy błędów i usuwania wad. W szczególności zapewnienie takie powinno być wprowadzone we wzorzec Umowy. Izba nie uwzględniła żądań obu Odwołujących dotyczących wyłączenia z zakresu przedmiotu zamówienia usług odnoszących się do Oprogramowania Gotowego, jako zbyt daleko idących, prowadzących w istocie do zaprzeczenia uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. Skutek, o jakim mowa w obu odwołaniach, w tym przede wszystkim przywrócenie postanowieniom SWZ zgodności z prawem można osiągnąć w inny sposób, niż poprzez ograniczenie przedmiotu zamówienia do Oprogramowania Systemowego i Oprogramowania Dedykowanego.

Uwzględnieniu podlegało również częściowo odwołanie Asseco Poland w sprawie KIO 3187/24, tj. co do zarzutów 16, 19 oraz 22 odwołania.

Po pierwsze, Izba uwzględniła zarzut 16 polegający na naruszeniu przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ KC, art. 354 KC w związku z art. 431 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP, poprzez brak ograniczenia w § 5 ust. 4 wzoru Umowy kręgu podmiotów mogących dokonywać kontroli wykonawcy, a co za tym idzie, mogących pozyskać wiedzę w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Izba przychyliła się do argumentacji, iż zawarte tam postanowienie jest zbyt niedookreślone i nieprecyzyjne, i jako takie może prowadzić do naruszenia równowagi kontraktowej stron. Nakłada bowiem na wykonawcę obowiązek znoszenia działań kontrolnych nieograniczonego kręgu podmiotów trzecich, w tym obowiązek przekazywania im wszelkich informacji, danych i wyjaśnień dotyczących realizowanych obowiązków wykonawcy oraz udostępniania wszelkich rezultatów wykonywanych prac. Wykonawca powinien zaś mieć zapewnioną możliwość ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący słusznie upatruje zagrożenia swych interesów w dopuszczeniu niczym nieograniczonego – zależnego tylko od Zamawiającego – kręgu podmiotów do możliwości poznania wszelkich informacji, danych i wyjaśnień dotyczących realizowanych obowiązków i rezultatów wykonywanych prac. W szczególności, krąg tych podmiotów nie został ograniczony ani do podmiotów wykonujących kontrolę na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa, czy też wyłącznie do podmiotów sektora finansów publicznych lub organów administracji. Z przepisu art. 431 PZP w zw. z art. 354 KC wynika, że zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Oznacza to, że na wykonawcę nie można nałożyć żadnych innych obowiązków współpracy z zamawiającym w toku realizacji umowy, niż tylko takich które służą należytej realizacji zamówienia. Jakkolwiek, postanowienie § 5 ust. 4 wzoru Umowy nakłada na wykonawcę obowiązek współdziałania z Zamawiającym, to jednak jest to dopuszczalne tylko w takim zakresie, w jakim służy należytej realizacji zamówienia – dotyczy to również zobowiązania do poddawania się kontroli realizowanych obowiązków i wyników prac. Nie można zaś dopuścić do wymagania od wykonawcy poddania się kontroli mającej za przedmiot inne kwestie, w tym kontroli „wydobywczej”, w ramach której podmiot konkurencyjny w stosunku do wykonawcy pozyska informacje celem wykorzystania ich w inny sposób. Obecne brzmienie § 5 ust. 4 wzoru Umowy jest ponadto sprzeczne z art. 353¹ KC, bowiem postanowienie to w swej niedookreślonej treści sprzeciwia się właściwości umowy o zamówienie publiczne, ustawie i zasadom współżycia społecznego, generując po stronie Zamawiającego zbyt dowolne uprawnienia do narzucania wykonawcy obowiązku poddania się kontroli informacji w zakresie, który nie jest konieczny przy realizacji tego rodzaju umów. Biorąc to pod uwagę, Izba nakazała Zamawiającemu, doprecyzowanie w § 5 ust. 4 wzoru Umowy, że obowiązek poddania się kontroli nie dotyczy sytuacji, gdy podmiot trzeci zajmuje się interesami konkurencyjnymi wobec wykonawcy, ani gdy podmiot ten działa w imieniu lub na rzecz takiego podmiotu. Izba nie uwzględniła drugiego z żądań Asseco Poland, by nakazać Zamawiającemu dodanie w § 5 ust. 4 zastrzeżenia, że „podmiot trzeci działający na rzecz Zamawiającego to podmiot profesjonalnie zajmujący się doradztwem projektowym i/lub przeprowadzaniem audytów umów informatycznych”, bowiem wprowadzenie takiego zastrzeżenia mogłoby spowodować nadmierne ograniczenie uprawnień Zamawiającego w tym zakresie, co nie służyłoby realizacji zamówienia i nie odpowiadałoby na potrzeby Zamawiającego, skoro – jak wynika z odpowiedzi na odwołanie – zakresu potencjalnych

kontroli, które mogą być realizowane przez bardzo szeroki krąg podmiotów, z uwagi na charakter finansowania zamówienia, a także z uwagi na charakter jednostki, jaką jest Zamawiający (jednostka sektora finansów publicznych), Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, nie wie również jakiego rodzaju podmiot będzie potencjalnym kontrolerem. Nakazując wykreślenie w § 6 ust. 13 słów: „wyłącznie jeśli osoba wskazana jako członek Personelu Kluczowego nie jest w stanie wykonywać swoich obowiązków z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, takich jak choroba, urlop macierzyński lub wychowawczy lub ustanie stosunku pracy lub innej podstawy prawnej zatrudnienia.” – Izba przychyliła się z kolei do argumentacji uzasadniającej zarzut 19, w którym Odwołujący zarzucał naruszenie art. 431 PZP i art. 433 pkt 2) PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez niedopuszczalne ograniczenie zmiany składu Personelu, naruszające uczciwą konkurencję. Rację ma bowiem Asseco Poland, iż brzmienie § 6 ust. 13 wzoru Umowy, w zakresie, w jakim przyznaje wykonawcy prawo do zastępowania członków Personelu Kluczowego, innymi osobami, o kwalifikacjach i doświadczeniu, spełniających wymagania ustanowione w ramach warunków udziału w postępowaniu prowadzącym do zawarcia Umowy oraz o kwalifikacjach i doświadczeniu ocenianym w ramach kryteriów oceny ofert na poziomie nie niższym niż osoba zastępowana, „wyłącznie jeśli osoba wskazana jako członek Personelu Kluczowego nie jest w stanie wykonywać swoich obowiązków z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, takich jak choroba, urlop macierzyński lub wychowawczy lub ustanie stosunku pracy lub innej podstawy prawnej zatrudnienia.” jest postanowieniem zbyt głęboko ingerującym w sferę wykonywania zobowiązania przez wykonawcę. Takie zastrzeżenie, jak podnosił Odwołujący, zupełnie nie służy należytej realizacji zamówienia i nie stanowi o współdziałaniu zamawiającego (art. 431 PZP). Ponadto, jest ono nadmiarowe i niecelowe, tj. narusza wynikającą z art. 16 pkt 3 PZP zasadę proporcjonalności. Zamawiający nie przekonał Izby argumentacją, że uprawnienie Zamawiającego do kształtowania składu zespołu, obejmującego Kluczowy Personel Wykonawcy jest zakorzenione w regulacji ustawy PZP, zgodnie z którą Zamawiający może określić minimalne wymagania, dotyczące składu ww. zespołu. Wszak – minimalne wymagania dotyczące składu zespołu, które może określić Zamawiający zgodnie z przepisami PZP to wymagania dotyczące doświadczenia, kwalifikacji i umiejętności itp. tych osób, a nie wymagania dotyczące warunków zmiany w składzie Personelu Kluczowego. W szczególności, Zamawiający nie przekonał Izby, co do istnienia uzasadnionej potrzeby polegającej nie niezmienności kluczowego zespołu, gdyż każda zmiana angażuje osoby Zamawiającego i zwiększa ryzyko opóźnień. W szczególności, Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, iż niewłaściwe realizowanie obowiązków umownych przez członka Personelu, który posiada wszystkie wymagane kwalifikacje, również zwiększa ryzyko opóźnień i może angażować osoby Zamawiającego. Pozbawienie wykonawcy możliwości decydowania o wykorzystaniu swojego potencjału do realizacji umowy w najlepszy możliwy sposób, podyktowany aktualnymi uwarunkowaniami – poprzez aktualizowanie składu Personelu Kluczowego – narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP), poprzez bezzasadne zawężenie kręgu wykonawców, którzy – pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu i dysponowania osobami spełniającymi wymagane kwalifikacje – nie mogą złożyć oferty, gdyż nie są w stanie zagwarantować niezmienności składu zespołu przeznaczonego do realizacji zamówienia. W zakresie tego zarzutu, Izba nie podzieliła jednak zapatrywania, by Zamawiający naruszył art. 433 pkt 2) PZP – Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego uzasadnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w obecnym składzie uwzględniła również zarzut 22 odwołania, nakazując Zamawiającemu zmianę brzmienia § 11 ust. 2 poprzez zastrzeżenie, że kary umowne w przypadku tego samego zdarzenia – nie podlegają sumowaniu. Odwołujący powołał się w tym względzie na dominujący w orzecnictwie Sądu Najwyższego (wyr. SN z 18 stycznia 2019 r., sygn. III CSK 9/17, uchw. SN z 18 lipca 2012 r., sygn. III CZP 39/12, uchw. z 16 stycznia 1984 r., sygn. III CZP 70/83) oraz doktrynie pogląd, iż niedopuszczalne jest, aby za to samo naruszeniewykonawca był obciążany różnymi karami umownymi. Jak przyjmuje się bowiem, tego rodzaju przypadek pozostaje w oderwaniu od szkody i oznacza odejście od zasadniczej funkcji kary umownej, jaką jest naprawienie szkody. „Dopuszczenie kumulatywnych kar umownych, nawet zupełnie swobodnie wynegocjowanych i nawet w stosunkach profesjonalnych, oznaczałoby całkowite zaburzenie równowagi kontraktowej.” (M. Budajski, F. Zoll, Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań [w:] Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa prywatnego, pod red. prof. dr hab. A. Olejniczaka, Legalis). W związku z tym, dopuszczając taką możliwość, Zamawiający naruszył art. 16 ust. 3 PZP w zw. z art. 353¹ KC. Rację ma Odwołujący podnosząc, iż zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy wynikającymi z przedmiotu zamówienia. Rację ma również Zamawiający wskazując, iż określone w Umowie zobowiązania Wykonawcy mają charakter szczególnie istotny, dla sprawnego realizowania funkcji przez jednostki organizacyjne prokuratury, stąd kary umowne przewidują zaostrzoną odpowiedzialność wykonawcy. Niemniej, odpowiedzialność ta nie może być zaostrzona poprzez wprowadzenie możliwości ukarania wykonawcy dwa razy za to samo. Bieżące brzmienie ust. 2 § 11 wzoru Umowy prowadzi niezaprzeczalnie do naruszenia zasady proporcjonalności i swobody umów, w tym równowagi kontraktowej stron, toteż konieczne jest dokonanie wskazanych w sentencji wyroku zmian SWZ. Izba doszła zaś do przekonania, że bezzasadne pozostaje drugie żądanie Odwołującego,

dotyczące zmiany § 11 ust. 3 Umowy w następujący sposób: „Kary umowne nie podlegają sumowaniu także w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia.” Dla osiągnięcia skutku, o którym mowa w odwołaniu wystarczy bowiem zastrzeżenie, że kary umowne nie podlegają sumowaniu w § 11 ust. 2 wzoru Umowy. O ile, Odwołujący miał na celu zastrzeżenie, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (uchw. SN z 18 lipca 2012 r., sygn. III CZP 39/12), to proponowane przez Odwołującego brzmienie ust. 3 § 11 wzoru Umowy – takiego zastrzeżenia nie tworzy. Jest bowiem sformułowane niejednoznacznie. Tak czy inaczej, nawet brak takiego zastrzeżenia nie znaczy per se i nie przesądza, że kara umowna z tytułu zwłoki wykonawcy będzie należna zamawiającemu w przypadku odstąpienia od umowy łącznie z karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy, bowiem obecne brzmienie ust. 3 o tym nie świadczy. Z zaskarżonego postanowienia wynika tylko tyle, że kary umowne są należne także w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia, niezależnie od przyczyn odstąpienia lub wypowiedzenia, a tym samym, że zamawiający może dochodzić kar umownych również w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia, bez względu na okoliczności, jakie spowodowały odstąpienie lub wypowiedzenie Umowy. Nie wynika stąd zaś, że wykonawca w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia będzie zobowiązany do zapłaty zsumowanych kar naliczonych z tytułu tego samego zdarzenia. Warto również zauważyć, że podstawa do naliczenia kar umownych za zwłokę, jak też kar umownych za odstąpienie lub wypowiedzenie Umowy nie jest tą samą podstawą (tym samym zdarzeniem). Jeżeli bowiem dochodzi do odstąpienia od umowy – jest to równoznaczne z niewykonaniem zobowiązania, zwłoka zaś oznacza jedynie nienależyte wykonanie zobowiązania. Konkludując, obecna treść ust. 3 § 11 wzoru Umowy nie przesądza możliwości dochodzenia przez zamawiającego kar umownych za zwłokę łącznie z karą umowną za odstąpienie od umowy, wbrew zapatrywaniom Sądu Najwyższego, wyrażonym w przywołanych w odwołaniu wyrokach i uchwałach, ani możliwości sumowania kar umownych, toteż Izba nie przychyliła się do wniosku o modyfikację tego postanowienia. Izba nie dopatrzyła się zaś, wskazanych w zarzucie naruszeń art. 99 ust. 1 PZP i art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP. Po pierwsze, Odwołujący w żaden sposób tych naruszeń nie uzasadnił. Po drugie, przywołane przepisy nie stanowią adekwatnego wzorca kontroli legalności zaskarżonych postanowień projektu Umowy, skoro art. 99 ust. 1 PZP dotyczy opisu przedmiotu zamówienia i nie znajduje zastosowania do kar umownych, zaś art. 16 pkt 1 PZP ma na celu zapewnienie zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zaś Odwołujący nie wskazał, jak treść zaskarżonych postanowień umownych dot. kar umownych przekłada się na możliwość naruszenia tej zasady w samym postępowaniu. Co zaś tyczy się art. 433 pkt 3 PZP, to Izba znalazła w treści zaskarżonych ust. 2 i 3 § 11 wzoru Umowy podstaw do uznania, że postanowienia te nakładają na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, a bynajmniej Odwołujący tego nie wykazał.

Kończąc, należy dostrzec, iż swoje stanowisko wobec treści zarzutów odwołań, Zamawiający generalnie tłumaczy powołując się na uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Podkreślić zatem należy, iż uzasadnione potrzeby zamawiającego nie mogą być uzasadnieniem dla odstępstw lub naruszeń przepisów powszechnie obowiązującego prawa. W szczególności, powołanie na te potrzeby nie może prowadzić do uznania, że w ten sposób zamawiający może pomijać przestrzeganie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wymagania ukształtowania projektowanych postanowień umowy w sposób uwzględniający równowagę kontraktową stron. W takim wypadku bowiem, uzasadnione potrzeby zamawiającego stają się instrumentem do nadmiernej ingerencji w sferę uprawnień i zobowiązań wykonawcy, a co za tym idzie nie służą należytej realizacji zamówienia.

Z drugiej strony, w zakresie dotyczącym większości zarzutów odwołań Izba upatruje po stronie Odwołujących chęci ukształtowania postanowień SWZ w dogodniejszy, łaskawszy, korzystniejszy dla nich sposób, który nie wynika z przepisów prawa. Innymi słowy, przeważająca większość zarzutów odwołań (oddalonych), w ocenie Izby stanowi wyraz dążenia Odwołujących do wprowadzenia postanowień zabezpieczających interes wykonawców, lecz wychodzi w tym kształcie poza zakres określony przepisami PZP. Dotyczy to np. klauzuli waloryzacyjnej i podniesienia jej maksymalnego wymiaru. W tym kontekście należy pamiętać, iż w świetle art. 554 ust. 1 PZP, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a także niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Innego rodzaju naruszenia, w tym nadużycie prawa podmiotowego, czy też zasad współżycia społecznego, jeśli nie łączy się z naruszeniem przepisów ustawy PZP, ani nie ma wpływu na wynik postępowania, nie może skutkować uwzględnieniem odwołania.

KIO 3088/24

W zakresie odwołania Asseco Poland rozpoznawanego w sprawie KIO 3088/24, Izba oddaliła pozostałe dwa zarzuty. Po pierwsze, oddaleniu podlegał zarzut dotyczący Załącznika nr 11 do SWZ, tj. Wykazu wykonanych usług. Izba nie stwierdziła bowiem, by Zamawiający – poprzez brak zawarcia w tym Formularzu wymogu wskazania podmiotu, który jest w posiadaniu informacji oraz dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu oraz kryteriów selekcji – naruszył przepisy PZP, w tym przepis art. 128 ust. 5 w zw. z art. 112 ust. 1 PZP, o których mowa w przedmiotowym zarzucie 3. Wprost przeciwnie, Izba w obecnym składzie uznaje, że to właśnie regulacja art. 128 ust. 5 PZP odpowiada na wskazane w uzasadnieniu zarzutu potrzeby i interes Zamawiającego w zakresie wyjaśniania treści podmiotowych środków dowodowych i oświadczeń wykonawcy, w szczególności podanych w wykazie usług informacji o rzeczywistym beneficjencie – użytkowniku systemu wykonanego przez wykonawcę, który się na to powołuje. Co więcej, dyspozycja art. 128 ust. 5 PZP ma charakter fakultatywny, toteż pomijając jej zastosowanie, nie sposób jej naruszyć. Odwołujący zdaje się potępiać sytuacje, w których wykonawca składający ofertę, w wykazie usług wpisuje bezpośredniego odbiorcę usługi (np. wykonawcę zamówienia, w ramach którego był podwykonawcą, zamiast zamawiającego). Odwołujący, w pkt 27 odwołania wskazał jednocześnie, że oczywiście samo powoływanie się na umowę realizowaną w ramach podwykonawstwa nie jest zakazane i nie jest przedmiotem niniejszego zarzutu. Wobec tego, zdaniem Izby, skoro przedmiotem zarzutu są sytuacje celowego i świadomego ukrywania przed Zamawiającym rzeczywistego doświadczenia wykonawcy, a w ramach tego doświadczenia – rzeczywistego beneficjenta systemu, tj. podmiotu, który z systemu realnie korzysta, to sytuacje takie są zabezpieczone właśnie przepisem art. 128 ust. 5 PZP, w ramach którego zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W ocenie Izby, instrument ten jest – w świetle argumentów odwołania – zupełnie wystarczający i w pełni skuteczny, gdyż zamawiający może w ten sposób uzyskać potrzebne mu informacje od osoby postronnej, obiektywnej (innego zamawiającego), a nie od samego wykonawcy, który podaje informacje w wykazie. Ponadto, w istocie, w ocenie Izby, sama informacja o tym, na czyją rzecz zostało zrealizowane zadanie, co do zasady nie przesądza, czy zostało wykonane należyście i czy uwzględniało parametry wskazane przez zamawiającego, wymagane do wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tutaj – doświadczenia. Rodzaj odbiorcy usługi, jego rozmiar, publiczny lub niepubliczny charakter nie mają co do zasady znaczenia w świetle możliwości stwierdzenia, jaki przedmiot zamówienia został wykonany oraz czy został wykonany należyście. Innymi słowy, nie jest istotne, czy wykonawca powołuje się na zadanie, które wykonał bezpośrednio na rzecz odbiorcy systemu, czy też na rzecz wykonawcy tego zadania (jako podwykonawca), nieważne jest, czy podmiot ten dysponuje daną liczbą użytkowników, lecz czy wykonany system przeznaczony był dla danej liczby użytkowników. Dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia co do zasady nie jest istotne na czyją rzecz działał wykonawca, lecz jak działał, tj. co wykonał. Nie sposób zatem uznać, iż poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy podania danych odbiorcy końcowego, tj. beneficjenta systemu informatycznego, Zamawiający zaniechał badania realnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Wszak, doświadczenie zdobywa się i wykazuje przez realizację zadań o wymaganych w SWZ parametrach. Ponadto, Izba w całości przychyliła się do stanowiska wyrażonego co do analogicznego zarzutu wyrażonego w odwołaniu rozpoznanym w postępowaniu o sygn. KIO 2105/24 oraz KIO 2125, w świetle którego rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz ich zakres został określony w rozporządzeniu z dnia 23 grudnia 2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiającemu od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415 ze zm.), a zatem nie jest możliwe rozszerzenie katalogu informacji zawartych w wykazie usług. Nie można również zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż brak informacji o podmiocie rzeczywiście użytkującym zamówiony system uniemożliwia rzeczywistą weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu i skorzystanie z normy art. 128 ust. 5 PZP. Przepis ten zezwala zamawiającemu na zwrócenie się do podmiotu, który jest w posiadaniu istotnych informacji lub dokumentów, nie zastrzegając, że chodzi wyłącznie o podmiot wskazany w wykazie. Żądania Odwołującego należałoby potraktować jako wniosek do lege ferenda. Nie sposób zaś stwierdzić niezgodności zaniechania Zamawiającego z przepisem, który de facto nie zobowiązywał go do działania, tj. Izba uznała, że Zamawiający w niniejszej sprawie nie był zobowiązany do nałożenia na wykonawców obowiązku podania w formularzu wykazu usług – podmiotu, który jest w posiadaniu informacji oraz dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Wskazane w zarzucie przepisy, nie zobowiązywały Zamawiającego do tego.

Odnosząc się zaś do drugiego z zarzutów niniejszego odwołania, w zakresie podlegającym rozpoznaniu, tj. zarzutu 4 Izba również stwierdziła brak podstaw do jego uwzględnienia. Zarzut ten odnosił się do certyfikatów wymaganych od członków Personelu Kluczowego, a konkretnie do definicji certyfikatów równoważnych, opisanych w Rozdziale V ust. 8 SWZ. Izba uznała, że postanowienie to jest precyzyjne i pożądane, gdyż poszerza krąg wykonawców zdolnych wziąć udział w postępowaniu, jednocześnie zapewnia spełnienie wymagań Zamawiającego, co do posiadania wymaganej wiedzy i kwalifikacji. Spełnia tym samym regulacje wynikające z art. 112 ust. 1 PZP w z art. 16 pkt 1 PZP i wynikającą stąd zasadę proporcjonalności. Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zamawiający precyzyjnie określił

minimalne wymagania odnoszące się do wymaganego doświadczenia wiedzy i umiejętności każdej z osób wskazanych przez wykonawcę do pełnienia roli w ramach Personelu Kluczowego wykonawcy. Brak podstaw do założenia z góry – tak jak tego chciał Odwołujący – że wszystkie certyfikaty równoważne są niewiarygodne lub w inny sposób wadliwe oraz, że jako takie nie mogą być dopuszczone przez Zamawiającego celem wykazania wiedzy i umiejętności ww. osób. Taka ocena może być dokonywana ad hoc przez Zamawiającego, po złożeniu danego certyfikatu/certyfikatu równoważnego.

KIO 3187/24

Izba nie podzieliła przedstawionego przez Asseco Poland uzasadnienia w odniesieniu do zarzutu 1, dotyczącego naruszenia art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, w zw. z art. 16 i 17 PZP – poprzez brak udostępnienia kluczowych informacji bezpośrednio wpływających na oszacowanie kosztów świadczenia usługi utrzymania oraz poprzez udostępnienie informacji o Systemie w sposób uniemożliwiający oszacowanie nakładów pracy (a co za tym idzie kosztów) niezbędnych do poniesienia w Okresie Przejścia Systemu. Przedmiotem zarzutu było w szczególności zaniechanie przekazania przez Zamawiającego kodów źródłowych Systemu, przez co wykonawca nie może ocenić ich jakości (czytelności, wydajności, użyteczności, dokładności i niezawodności). Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, poza gołosłownymi, lakonicznymi twierdzeniami, że przekazanie kodów źródłowych jest istotne dla spełnienia wymogu precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, czy też poszanowania zasad wynikających z art. 16 PZP i art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Zamawiający wykazał zaś, że istnieje zbyt duże ryzyko przekazania takiej wiedzy osobie, która wykorzysta lub będzie zamierzała wykorzystać ją w innym celu, niż na potrzeby realizacji umowy. Zamawiający wskazał na dane historyczne Biura Bezpieczeństwa Wewnętrznego Prokuratury Krajowej odnoszące się do dużej ilości zdarzeń i incydentów w zakresie ataków sieci i systemu prokuratury oraz na istotne znaczenie danych znajdujących się w Systemie oraz zapewnienie ciągłości jego działania. Podpisanie umów o poufności nie stanowi wystarczającej ochrony. Bezpieczeństwa nie zapewnia również samo udostępnienie kodów źródłowych w siedzibie Zamawiającego. Tym samym, Izba uznała, że zaniechanie Zamawiającego w zakresie przekazania kodów źródłowych jest wręcz uzasadnione w świetle zasady proporcjonalności. Ponadto, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zaniechania i bezprawności tego zaniechania w odniesieniu do udostępnienia wykonawcom scenariuszy testowych i repozytorium EAP. Zamawiający wyjaśnił, iż informacje zawarte w scenariuszach są pochodną opisu funkcjonalności i procesów biznesowych, określonych w udostępnionych Odwołującemu Załącznikach nr 1, 1.1., 1.2. i 1.3 do OPZ – Odwołujący się do tego nie odniósł, nie wskazał czego konkretnie brakuje i jakie to ma dla niego znaczenie. Podał jedynie, że udostępnienie scenariuszy jest niezbędne celem oszacowania pracochłonności, związanej z ich badaniem w Okresie Przejściowym, wskazując, że mimo braku zastrzeżenia w tym Okresie wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, będzie on ponosił koszty, w tym koszty pracownicze związane z zapoznawaniem się pracowników z Systemem PROK-SYS. Argument ten jest o tyle niezrozumiały, że udostępnienie scenariuszy na etapie przed złożeniem oferty – również generuje te same koszty związane z zaznajomieniem się z tymi informacjami, który nie będą w żaden sposób zrekompensowane – Zamawiający w SWZ nie przewidział zwrotu kosztów związanych z udziałem w postępowaniu. Niezależnie od powyższego, generalnie rzecz biorąc, samo odwołanie nie zawiera żadnego argumentu, powołania się na okoliczności faktyczne – co do zaskarżonego zaniechania przekazania scenariuszy testowych, toteż wszelkie twierdzenia podnoszone na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, w świetle art. 555 PZP należy uznać za spóźnione. Wyjaśnić należy, iż zarzut, którym związana jest Izba, a który musi wynikać z odwołania – wyznacza nie tylko powołanie przepisów i określenie zaskarżonej czynności, ale przede wszystkim jego uzasadnienie faktyczne, tj. odniesienie się do okoliczności faktycznych uzasadniających uznanie, że Zamawiający działał lub zaniechał działania – bezprawnie. Podobnie, jak w przypadku scenariuszy testowych, Odwołujący nie wyjaśnił i nie wykazał w żaden sposób dlaczego dostęp do tego repozytorium EAP jest niezbędny do określenia zakresu obowiązków, wynikających z Umowy lub oszacowania ich pracochłonności, a poprzez to również niezbędny do określenia ceny składanej oferty, toteż Izba uznała zarzut w tej części również za nieudowodniony.

Również zarzut 27 dotyczący sposobu sformułowania klauzuli waloryzacyjnej nie nadawał się do uwzględnienia. Odwołujący wywodził, że klauzula zawarta w § 16 ust. 6-13 wzoru Umowy tylko pozornie spełnia wymagania zawarte w art. 439 PZP i narusza art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, bowiem nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co prowadzi do uznania wzoru Umowy za naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, Izba nie dopatrzyła się niezgodności treści tej klauzuli z ww. przepisami prawa. Klauzula waloryzacyjna zaprojektowana przez Zamawiającego zawiera wymagane przepisami elementy, tj. zawiera 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (§ 16 ust. 5 i ust. 6 i ust. 7 wzoru Umowy; 2) sposób ustalania zmiany

wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia (§ 16 ust. 9 wzoru Umowy); 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy (ust. 8); 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia (ust. 10). Odwołujący nie wykazał zaś, by klauzula ta nie zapewniała realności waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, ani by klauzula nie zawierała pewnych elementów wymaganych prawem. Wskazał, że ustalenie poziomu zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na poziomie 10% wiąże się z koniecznością uwzględnienia przez wykonawców ryzyka nieotrzymania wyższej kwoty wynagrodzenia w razie zmiany cen lub kosztów poniżej progu 10% - niemniej Zamawiający działał z uwzględnieniem wymogu art. 439 ust. 2 pkt 1 PZP, który wymaga od Zamawiającego wskazania poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do waloryzacji i nie ustala żadnego progu w tym zakresie. Przepis art. 439 ust. 1 pkt 3 PZP również wymaga od Zamawiającego ustalenia w projekcie Umowy sposobu określenia wpływu zmiany cen i kosztów na koszt wykonania zamówienia i nie zawiera w tym względzie żadnych warunków, w szczególności nie wymaga wprowadzenia w umowie o zamówienie publiczne waloryzacji automatycznej, tj. niezależnej od oceny i zgody Zamawiającego. Z kolei, co do twierdzenia, że wskazanie w projekcie Umowy na „odpowiednie wskaźniki” danych pozycji ogłaszane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, narusza zasadę równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego, to nie sposób się z nim zgodzić, skoro wskazane w § 16 ust. 9 wzoru Umowy zasady odnoszące się do ustalania zmian cen lub kosztów i wynagrodzenia wykonawcy odnoszą się w równym stopniu tak do wykonawcy, jak też do Zamawiającego – w przypadku waloryzacji wynagrodzenia „na korzyść” Zamawiającego (spadek cen i kosztów), poza tym zasady te odwołują się do zgodnego ustalenia wskaźników przez obie strony. Co zaś się tyczy limitu 20% wartości umowy, którego nie może przekroczyć łącznie waloryzacja wynagrodzenia – to wykonawca nie podał żadnych argumentów, które przemawiałyby za uznaniem, że limit ten jest niedopuszczalny w świetle prawa. W efekcie, w ocenie Izby, żądania odwołania w tym zakresie mają raczej charakter życzeniowy, tzn. wskazują na dogodne i pożądane przez Odwołującego zmiany treści SWZ, które jednak nie wynikają z konieczności dostosowania ich do obowiązujących przepisów prawa, skoro zaskarżona treść SWZ jest z tymi przepisami zgodna.

Oddaleniu podlegał także zarzut 28 odnoszący się do postanowień SWZ dotyczących fakturowania usług utrzymania Systemu, tj. § 7 ust. 13, § 9 ust. 16, § 10 ust. 9 wzoru Umowy, a nadto pkt 3.3.7. ppkt 1 i 3 OPZ (Załącznik nr 1 do SWZ). Odwołujący podnosił, że zawarte tam uregulowanie uniemożliwia terminowe i zgodne z ustawą o podatku od towarów i usług wystawianie faktur za usługę utrzymania, a tym samym narusza art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Izba zgodziła się w tym zakresie z twierdzeniem podniesionym przez Zamawiającego, że – jakkolwiek brak jest wprost uregulowania w ustawie o podatku od towarów i usług odnoszącego się do ustalania momentu powstania obowiązku podatkowego w przypadku usług podlegających odbiorowi ze strony zamawiającego – to interpretacja przepisów ustawy wynika m.in. z orzecznictwa sądów administracyjnych. Nie jest to przypadek odoosobniony. Wszak, w kontekście argumentacji Odwołującego, z pkt widzenia przytoczonych przepisów ustawy o VAT problematyczne jest ustalenie momentu powstania obowiązku podatkowego w przypadku uzależnienia możliwości dokonania rozliczeń (wystawienia faktury) od przeprowadzenia procedur odbiorowych, a takie są standardowo przewidziane w przypadku umów ciągłych, w tym usług w zakresie utrzymania systemu informatycznego. Problemem w tym wypadku jest jednak kwestia przepisów i interpretacji podatkowych a nie brzmienia umowy. Izba nie jest zaś organem powołanym do weryfikacji prawidłowości realizacji obowiązków podatkowych przez strony umowy o zamówienie publiczne. Jakkolwiek, zgodzić należy się z twierdzeniem Odwołującego, że strony postanowieniami umownymi nie mogą przesunąć obowiązku podatkowego określonego w ustawie. Niemniej, projektowane postanowienia Umowy nie przesuwają takiego obowiązku. To regulacje ustawy o podatku od towarów i usług sformułowane są w sposób służebny do ustaleń stron umowy, skoro uzależniają powstanie obowiązku podatkowego od momentu uznania usługi za wykonaną (art. 19a ust. 1 i ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług), zaś o tym czy usługa jest wykonana, czy też nie – decydują strony. Pamiętać należy, że art. 19a ust. 3 ustawy zakłada fikcję wykonania usługi – w przypadku usług rozliczanych okresowo, jak i usług ciągłych. Fakturę wystawia się najpóźniej do 15 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę (art. 106i ust. 1 ustawy). Decydującym momentem jest zatem ustalenie momentu uznania usługi za wykonaną. Postanowienia wzoru Umowy nie ingerują w ww. regulacje. W ocenie Izby zachowanie spójności działań w oparciu o kwestionowane postanowienia Umowy, powołane w odwołaniu przepisy ustawy o podatku od towarów i usług i interpretacje podatkowe jest możliwe. Skoro jak wskazał Odwołujący, wykonawca ma obowiązek wystawienia faktury nie później niż 15 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym wykonano usługę, z wykonania usługi wykonawca sporządza raport obejmujący okres danego miesiąca i przekazuje go Zamawiającemu na początku kolejnego miesiąca, zaś Zamawiający ma 10 Dni Roboczych na ew. zastrzeżenia – to tym

samym, w braku zastrzeżeń, termin 15-dniowy na wystawienie faktury może być dochowany. Z kolei, w razie zgłoszenia zastrzeżeń, moment uznania usługi za wykonaną należy odnieść – zgodnie z ust. 3 art. 19a – do ustaleń stron dotyczących rozliczeń za dany okres, a zatem do momentu akceptacji raportu (§ 10 ust. 9). Izba poparła również stanowisko Zamawiającego, iż bezpodstawne jest powiązywanie regulacji, określającej obowiązki wykonawcy związane z zapłatą podatku VAT oraz uregulowań umownych stosunków pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, zwłaszcza, że brak jest przepisów PZP, które by się do tej kwestii odnosiły. Czym innym jest wszak przestrzeganie przepisów ustawy o VAT a czym innym realizacja obowiązków umownych. Jak już wskazano, przepisy ustawy o VAT mają charakter wtórny, tj. związany z wykonaniem usługi i jej rozliczeniem, które to aspekty z kolei określa umowa. Spójność w tym zakresie, jakkolwiek korzystna dla obu stron, wygodna i przez to pożądana, to nie jest wymagana przepisami prawa. Niedogodności wynikające z braku tej spójności są spotykane w praktyce notorycznie, np. w sytuacji, niekorzystnej dla wykonawcy jako płatnika VAT, w której podatek VAT wynikający z faktury przychodowej musi on odprowadzić bez względu na to, czy i kiedy otrzymał należności z tej faktury. Wobec powyższego, Izba stwierdziła brak naruszeń wskazanych w zarzucie przepisów i życzeniowy charakter żądań odwołania, które nie nadają się do uwzględnienia przez Izbę.

KIO 3188/24

Izba rozpatrzyła łącznie grupę zarzutów odnoszących się do kwestii zbyt krótkiego Okresu Przejściowego, tj. zarzut 4 odwołania Comarch Polska (sygn. KIO 3188/24) oraz zarzut 2 odwołania Asseco Poland (sygn. KIO 3187/24).

Odwolujący zarzucali w tym zakresie przede wszystkim naruszenie art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zaś Asseco Poland ponadto naruszenie art. 16 PZP. Wnieśli o wydłużenie Okresu Przejściowego pomiędzy dniem podpisania umowy, a dniem rozpoczęcia świadczenia usług z 2 do 4 miesięcy (Comarch Polska) lub 6 miesięcy (Asseco Poland). Izba nie dopatrzyła się jednak sprzeczności z przepisami prawa tak ustalonego okresu 2 miesięcy przeznaczonego na osiągnięcie gotowości do rozpoczęcia wykonywania usług wraz z realizacją prac przygotowujących. Przede wszystkim, żadna regulacja nie wyznacza minimum trwania czasu przygotowania wykonawcy do świadczenia usług, zależy to od opisu przedmiotu zamówienia i uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Wg Asseco Poland – długość trwania okresu przejściowego jest przedmiotem regulacji art. 16 PZP – Izba zgadza się z tym twierdzeniem, niemniej ingerencja Izby w treść SWZ i stwierdzenie sprzeczności czasu trwania okresu przejściowego z tym przepisem – może mieć miejsce, tylko w razie stwierdzenia naruszenia wymienionych tam zasad, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności. Odwołujący nie wykazał zaś naruszenia tych zasad w wyniku określenia 2 miesięcznego okresu przejściowego, nie wykazał że tak określony Okres Przejściowy jest za krótki – powołanie się na inne postępowania, o innym przedmiocie usług, nie było wystarczające. Odwołujący nie wykazał, by te postępowania miały podobny przedmiot zamówienia i podobne uwarunkowania. Jako kontrargument, Zamawiający podał przykład postępowania prowadzonego bez okresu przejściowego. Nadto, nie sposób podzielić twierdzenia Comarch Polska, że istnieje ryzyko, iż w okresie przejściowym zamawiający będzie mógł Dokumentację Systemu i kody źródłowe przekazać wykonawcy w połowie Okresu Przejściowego – wszak nie leżałoby to w interesie samego Zamawiającego, by blokować wykonawcę w prawidłowym, sprawnym przygotowaniu się do świadczenia usług przejętych z zakończonej dotychczasowej umowy. W takim wypadku, nie można by również obciążyć wykonawcy odpowiedzialnością, skoro oznaczałoby to zwłokę Zamawiającego (art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego). Jak ponadto wynika z argumentacji Asseco Poland, wydłużenie Okresu Przejściowego wpływa na koszt oferty, w ramach której należy uwzględnić koszt zapoznawania się pracowników wykonawcy z Systemem – tym samym, wydłużenie czasu trwania okresu przejściowego ponad czas niezbędne minimum wpłynęłoby na wzrost ceny ofertowej.

Oddaleni podlegała również grupa zarzutów odwołań Asseco Poland w sprawie KIO 3187/24 (zarzut 10) oraz Comarch Polska w sprawie KIO 3188/24 (zarzut 7), odnoszących się do certyfikacji Oprogramowania Systemowego i produktów podmiotów trzecich (pkt 3.3.3 OPZ). Odwołujący zarzucali naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niemożliwy do oszacowania kosztu realizacji wymagań związanych z realizacją obowiązków dotyczących Oprogramowania Systemowego oraz innych produktów podmiotów trzecich, skoro Zamawiający nie ustalił żadnego limitu realizacji tych prac, zaś wynagrodzenie za usługę utrzymania jest wynagrodzeniem ryczałtowym, toteż nie sposób wycenić tych prac na dzień złożenia oferty. W tym kontekście podnieść należy, iż generalnie w przypadku tego typu usług świadczonych w sposób ciągły nie sposób przewidzieć z góry pracochłonności i wymiaru zadań – czego strony, w tym przede wszystkim Odwołujący mają świadomość. W szczególności Odwołujący nie zakwestionowali na tej samej zasadzie OPZ w zakresie dotyczącym zadań wykonawcy polegających na usuwaniu Błędów i Wad, których wymiar jest również trudny do oszacowania na etapie składania oferty. Słusznie w ocenie Izby podniósł Zamawiający, że Odwołujący nie wykazał, dlaczego ujęcie usług certyfikacji w ramach usług utrzymaniowych miałyby być sprzeczne z przepisami i jakie przepisy prawa miałyby stanowić podstawę takiego ustalenia. Podkreślić należy, że wymogi z art. 99 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 16 PZP odnoszą się równo do wszystkich działań Zamawiającego dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i nie rozróżniają wynagrodzenia jakie ma otrzymywać

wykonawca (ryczałtowe czy kosztorysowe). Przedmiot zamówienia powinien być opisany jednoznacznie i wyczerpująco, bez względu na rodzaj wynagrodzenia, jakie za jego wykonanie ma otrzymać wykonawca. Zamawiający wprowadził ograniczenia ilościowe w zakresie świadczenia usług certyfikacji i dostosowywania, chroniące wykonawcę przed nadmiernym wymiarem obowiązków w tym zakresie, tj. obowiązek certyfikacji co do maksymalnie 24 produktów (pkt 3.3.3. ppkt 6 OPZ) oraz zamknięty katalog Oprogramowania Systemowego, którego nowe wersje będą skutkować powstaniem obowiązku dostosowania Oprogramowania Dedykowanego i Oprogramowania Gotowego w okresie pierwszych 15 miesięcy realizacji Umowy (ppkt 9 OPZ), a także – po tym okresie – obowiązek dostosowywania Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Gotowego do nowych wersji Oprogramowania Systemowego czterokrotnie (pkt 3.3.3. ppkt 10 OPZ). Nadto, Zamawiający przekonał Izbę, że usługa ta ma charakter utrzymaniowy a nie rozwojowy, skoro w jej efekcie nie następuje żadna zmiana w Systemie, tym samym zasadnie umieścić ją w ramach usług rozwoju. W odniesieniu do zakwestionowanego przez Odwołującego Asseco Poland wymogu przewidzianego w ppkt 3.3.3. ust. 9 lit. c OPZ tj. podniesienia wersji Windows 11 do Windows 12, do której w ciągu pierwszych 15 miesięcy realizacji Umowy ma zostać zaktualizowany System, jedynym argumentem Odwołującego było wskazanie, że wersja ta jest obecnie niedostępna na rynku toteż nie ma możliwości dokonania realnej wyceny tej usługi. Argument ten jest nieprzekonywujący z tych samych względów, jak argumenty dotyczące braku wiedzy odnośnie pracochłonności wymiaru innych zadań z zakresu utrzymania Systemu, takich jak np. usuwanie Błędów i Wad. Odwołujący nie zaskarżył zaś postanowień § 10 wzoru Umowy odnoszących się do ryczałtowego charakteru wynagrodzenia za usługi utrzymania.

Biorąc powyższe pod uwagę, we wszystkich trzech sprawach, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 zd. 1, art. 554 ust. 1 pkt 1 i pkt 2, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. c PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). W związku z częściowym uwzględnieniem każdego z trzech odwołań, Izba stosunkowo rozdzieliła wpis pomiędzy Odwołującego i Zamawiającego oraz zniosła koszty wynagrodzeń pełnomocników.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....