Sygn. akt: KIO 4270/24
KIO 4272/24

WYROK

Warszawa, dnia **9 grudnia 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Anna Osiecka - Baran
Agnieszka Trojanowska

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 15 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14,35-322 Rzeszów** (sygn. akt: KIO 4270/24);

B.w dniu 15 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** (sygn. akt: KIO 4272/24)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**
przy udziale:

1. uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt: 4270/24:

A. wykonawcy **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**;

B. wykonawcy **ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica**

2. uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt: 4272/24:

A. wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**;

B. wykonawcy **ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica**

orzeka:

KIO 4270/24

1.**Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa unieważnienie modyfikacji dokumentacji postępowania z 5 i 25 listopada 2024 r. i wykreślenie zmian wprowadzonych w dokumentacji postępowania w wyniku tych modyfikacji oraz wprowadzenie rozwiązania wykonującego wyrok z 21 października 2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24 uwzględniającego wytyczną ze str. 68 trzecie zdanie od dołu uzasadnienia: „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."**

2.Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** 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;

2.2.zasądza od **Skarbu Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wydatków pełnomocnika Odwołującego.

KIO 4272/24

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa unieważnienie modyfikacji dokumentacji postępowania z 5 i 25 listopada 2024 r. i wykreślenie zmian wprowadzonych w dokumentacji postępowania w wyniku tych modyfikacji oraz wprowadzenie rozwiązania wykonującego wyrok z 21 października 2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24 uwzględniającego wytyczną ze

str. 68 trzecie zdanie od dołu uzasadnienia: „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."

2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków 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;

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wydatków pełnomocnika Odwołującego.

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**.

Przewodniczący:……

……

……

Sygn. akt: KIO 4270/24
KIO 4272/24

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Świadczenie usług utrzymania oraz rozwoju Systemu PROK-SYS*, znak sprawy: 1001-10.261.23.2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.08.2024 r. pod nr OJ S 2024/S 159-494009 przez: Skarb Państwa – Prokuratura Krajową ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym'*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „ustawy PZP" albo „PZP" albo „pzp".

Dnia 05.11.2024 r. (za pośrednictwem Platformy https://ezamowienia.gov.pl) Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ" /dokumentacji postępowania m.in.Załącznik nr 1 do SWZ (OPZ) oraz Załącznik nr 2 do SWZ (Umowa)/.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 21.11.2024 r. sprawy o sygn. akt: KIO 4270/24, sygn. akt: KIO 4272/24 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24:

W dniu 15.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwany dalej: *„Asseco Poland S.A."* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24"* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24"* wniósł odwołanie na modyfikację SWZ z 05.11.2024 r.

Stwierdził, że składa odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, polegających na:

- braku wykonania Wyroku KIO 3088/24 w zakresie pkt. 2 sentencji
- sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") z naruszeniem przepisów prawa.Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1: naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 527 ustawy PZP, poprzez (opisany szczegółowo w uzasadnieniu) opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących 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. Pomimo Wyroku KIO 3088/24, która nakazała Zamawiającemu: *„wprowadzenie postanowień, z których 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."*

Zamawiający tych praw w żaden sposób nie zapewnia a jedynie wskazuje, jaki zakres licencji w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego TIMSI posiada.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie dokonania modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu - szczegółowo wskazane w zarzucie;
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

ZARZUT 1: Naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez brak wykonania Wyroku KIO 3088/24 oraz sformułowaniu SWZ w dalszym ciągu w sposób naruszający przepisy BEZ ZAGWARANTOWANIA Wykonawcy stosownych uprawnień umożliwiających świadczenie usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego TIMSI.

W dniu 26.08.2024 r. Odwołujący złożył odwołanie na postanowienia SWZw niniejszym postępowaniu (dalej: Odwołanie 1) w tym sformułował zarzut nr 2 dotyczący niezgodnego z przepisami prawa wymagania wobec wykonawcy w którym obowiązany jest do świadczenia usług utrzymania Oprogramowania Gotowego firmy TIMSI. KIO wyrokiem z 21.10.2024 r. KIO 3088/24 uwzględniła zarzut ten zarzut nakazując: *„wprowadzenie postanowień, z których 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."*

W Odwołaniu 1 Odwołujący podniósł, że ramach postępowania Zamawiający podzielił oprogramowanie na:

a)Dedykowane - do którego posiada prawa autorskie majątkowe i które mają być utrzymywane w pełnym zakresie, co jest wymogiem realnym i wykonalnym w ramach zamówienia.

b)Systemowe - które ma być utrzymywane w ograniczonym zakresie, z uwagi na brak możliwości (prawnej/licencyjnej i faktycznej) pełnego utrzymania np. systemy operacyjne dla serwerów, serwery aplikacyjne, bazy danych, oprogramowanie do uwierzytelniania i jednokrotnego logowania czy platforma analityczno-raportowa takich producentów jak Microsoft, Red Hat i innych.

c)Gotowe - które zgodnie z OPZ ma być utrzymane na takich samych zasadach jak dedykowane, jednak Zamawiający nie zapewnia Wykonawcy prawych i faktycznych możliwości świadczenia usługi utrzymania i rozwoju dla takiego oprogramowania z uwagi np. na brak stosownych uprawnień licencyjnych. Takim oprogramowaniem są rozwiązania firmy TIMSI wskazane w OPZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentacją postępowania **usługa utrzymania** ma być świadczona dla **wszystkich podsystemów** określonych w pkt 2.3. OPZ. We wskazanym punkcie 2.3 OPZ napisano, że podstawowymi elementami Systemu są podsystemy oraz komponenty, których zestawienie oraz charakterystyka zostały określone w załączniku nr 2 „Wykaz i charakterystyka podsystemów PROK-SYS" oraz w załączniku nr 3 „Wykaz komponentów PROK-SYS". We wskazanym załączniku nr 2 do OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - Wykaz i charakterystyka Podsystemów PROK-SYS w tabeli 2 (numer tabeli własny) na wymienione podsystemy objęte usługą utrzymania, poza oprogramowaniem dedykowanym, składa się cały szereg aplikacji stanowiących **oprogramowanie gotowe na licencji firmy komercyjnej TIMSI** Dla przykładu podsystem OFA składa się z 8 komponentów, z których tylko 2 opisano jako oprogramowanie dedykowane, a 6 jako oprogramowanie gotowe na licencji TIMSI. Listę oprogramowania gotowego na licencji TIMSI objętego zakresem usług przedstawiono w poniższej tabeli*:/W tym miejscu odwołania przywołana powyżej lista/.*

W Odwołaniu 1 wskazano także, na konkretne zobowiązania wynikające z OPZ, które obligują Wykonawców do świadczenia pełnej usługi utrzymania (także naprawy błędów) wobec oprogramowania Gotowego (TIMSI):

- Zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik 1 do OPZ pkt. 3.3.2.1. - Zakres świadczonych Usług - Usługa obejmuje **naprawę Błędów i Wad zarówno Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Gotowego**.
- W ramach Usługi opisanej w ppkt c) pkt 3.3.3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik 1 do OPZ Wykonawca zobowiązany jest **Dostosowywać Oprogramowanie Dedykowane oraz Oprogramowanie Gotowe** a także Dokumentację Systemu do zmian wynikających z modyfikacji (nowych wersji Oprogramowania Systemowego).

Opisane fakty prowadzą do sytuacji, w której przed każdym potencjalnym Wykonawcą, będzie stała konieczność zakupu oprogramowania TIMSI wraz z określonymi usługami od komercyjnej firmy IT, w celu złożenia oferty. Stanowi to poważne ograniczenie konkurencji. Firma TIMSI będzie miała wpływ na cenę ofert w przedmiotowym postępowaniu, jak również na dobór konkurencji poprzez odmówienie sprzedaży licencji na oprogramowanie TIMSI. Odwołujący zweryfikował dostępne źródła informacji w tym stronę producenta oprogramowana TIMSI (https://www.timsi.pl/), strony wiodących dystrybutorów oraz portale aukcyjne i nie udało mu się odnaleźć w wymienionych kanałach sprzedaży komponentów wskazanych w powyższej tabeli ani ustalić ich wartości, warunków licencji i cen katalogowych licencji czy cen usług

konserwacji (maintenance) lub szerszych usług utrzymania. To prowadzi do oczywistego wniosku, że wymienione składowe komponentów oprogramowania gotowego na licencji TIMSI nie stanowią publicznie dostępnego oprogramowania komercyjnego oferowanego w sprzedaży na jawnych warunkach tożsamych dla wszystkich uczestników rynku. Jeżeli Zamawiający chce, aby Wykonawca utrzymywał Oprogramowanie Gotowe wrazz naprawą błędów, zobowiązany jest zapewnić Wykonawcy warunki do realizacji takich usług. Przez te warunki rozumiemy, że upoważni Wykonawcę (licencja, którą de facto musi posiadać od TIMSI) m.in. do ingerencji w kod źródłowy, oraz zapewni warunki faktyczne tj. realność wykonania tych usług. Odwołujący podnosił, 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 jaki 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 zaznaczył, że analogiczna sytuacja miała miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Utrzymanie i rozwój systemu SIA" w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, gdzie zamawiający wymagał licencji i utrzymania oprogramowania gotowego o nazwie LIDS. Na wskazane postanowienia dokumentacji zostało złożone odwołanie (KIO 3587/21). Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut Odwołującego dotyczący oprogramowania gotowego i zobowiązała zamawiającego do "dodania w pkt 2.1.1.22. i 2.1.1.23. wzoru załącznika 1A do umowy zobowiązania zamawiającego do zapewnienia wykonawcom na jego koszt licencji na oprogramowanie LIDS" (sentencja wyroku KIO 3587/21).

Zaznaczono w Odwołaniu 1, że zgodnie z art. 16 pkt 1 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie może zatem przygotowywać postępowania, w tym tworzyć postanowień SWZ, w taki sposób, który wg posiadanej przez niego wiedzy, będzie skutkować faworyzowaniem jednego wykonawcy kosztem innych wykonawców. W tym wypadku zamawiający ma świadomość, że z uwagi na stosowane oprogramowanie TIMSI, firma ta lub partner TIMSI nie będzie musiał ponosić kosztów zakupu licencji do tego oprogramowania, natomiast pozostali wykonawcy będą musieli je ponieść w celu wykonania ww. zadań. W dodatku, nawet jeśli TIMSI nie odmówi nikomu sprzedaży licencji, to inni wykonawcy będą musieli je kupić za cenę wyznaczoną przez TIMSI, co prowadzi do sytuacji, w której wykonawca ten będzie miał wpływ na przygotowanie ofert przez konkurentów. Dopuszczając do takiej sytuacji, Zamawiający narusza zatem ww. zasady, o których mowa w art. 16 pkt 1 PZP.

Zamawiający nie może przygotowywać postępowania, w tym tworzyć postanowień SWZ, w taki sposób, który wg posiadanej przez niego wiedzy, będzie skutkować faworyzowaniem jednego wykonawcy kosztem innych wykonawców. Może zdarzyć się sytuacja, że TIMSI może nie chcieć sprzedać licencji do oprogramowania zarówno konkurentom na rynku, jak i samemu Zamawiającemu. Niemniej jednak ryzyko w tym zakresie powinno obciążać Zamawiającego jako podmiot, który w przeszłości zakupił oprogramowanie TIMSI, w wyniku czego obecnie niezbędne jest zapewnienie wsparcia dla tego oprogramowania. Stan obecny wynikający z poprzednich zakupów Zamawiającego nie może natomiast skutkować tym, że wykonawcy będą zmuszeni do zakupu licencji od innego konkurencyjnego podmiotu IT i będą uzależnieni od narzuconych przez niego cen.

Podsumowując Odwołanie 1 wskazywało na to, że z jednej strony Zamawiający oczekuje utrzymania i poprawy błędów dla wymienionych podsystemów w tym Oprogramowania Gotowego - TIMSI. To prowadzi do wniosku, że nie da się utrzymywać, poprawiać błędów ani rozwijać oprogramowania gotowego bez odpowiednich uprawnień, tj. licencji podmiotu trzeciego, a to wyklucza świadczenie usług utrzymania dla 4 z 17 podsystemów PROK-SYS przez podmiot inny niż obecne konsorcjum lub inny podmiot powiązany z TIMSI.

W odpowiedzi na Odwołanie Zamawiający wskazywał, że posiada licencję od TIMSI jednak, jak sam wskazywał, nie posiadał on dostępu do kodu źródłowego ani możliwości ingerencji w kod źródłowy tego Oprogramowania Gotowego. Podany w odpowiedzi na odwołanie zakres licencji nie jest wystarczający do świadczenia usług utrzymania w tym głównie poprawy błędów, przy których niezbędna jest ingerencja w kod źródłowy oprogramowania. TIMSI co prawda udziela Zamawiającemu licencji na modyfikacje swojego rozwiązania, jednakże w tej licencji jest wyłącznie:
- możliwość wprowadzania modyfikacji sposobu działania Oprogramowania Gotowego za pomocą wbudowanych lub dostarczonych narzędzi, w tym parametryzacja i konfiguracja, przystosowanie (customizacja) oraz wprowadzanie wszelkich dopuszczalnych w świetle postanowień licencji zmian, z zastrzeżeniem że ***wprowadzanie zmian nie skutkuje niedopuszczoną przez licencję zmianą Kodu Źródłowego Oprogramowania Gotowego***(§ 13 ust. 13 pierwotnej umowy), KIO (KIO 3088/24) przyznała rację Odwołującemu i nakazała nabycie przez Zamawiającego od TIMSI stosownych uprawnień do świadczenia usług (prawa autorskie majątkowe lub odpowiednio szeroka licencja).

Wskazał, że: *„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*

dostosowanie Oprogramowania Gotowego do zmian wynikających z nowych wersji Oprogramowania Systemowego."

Idąc dalej w Wyroku: *„Brak dysponowania takimi uprawnieniami przez Zamawiającego potwierdza zresztą treść par 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. Jakkolwiek, dowód ten potwierdza, że Zamawiający dysponuje licencjami do Oprogramowania Gotowego w pewnym zakresie, lecz zakres ten nie obejmuje ingerencji w kod źródłowy - co wynika z par 13 ust. 13 i ust. 15 ww. umowy i zostało to potwierdzone przez samego Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący wskazał, 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. Wobec powyższego, zgodzić należy się z Odwołującymi, iż taki opis przedmiotu zamówienia „ wymusza" na wykonawcy nabycie oprogramowania (licencji) od komercyjnej firmy, w celu złożenia oferty, jak też świadczenia usług..."*

Pomimo tego, że Izba nakazała stosowne zmiany i wykreowała konkretne zobowiązania Zamawiającego, Zamawiający nie zrealizował tego w SWZ. W dalszym ciągu Zamawiający narusza art. 99 PZP w zw. z art. 16 PZP, gdyż modyfikacje z 05.11.2024 r. w żaden sposób nie zmieniają sytuacji wykonawców w postępowaniu, którzy w dalszym ciągu są uzależnieniu od otrzymania oferty od firmy TIMSI. Zamawiający w Załączniku nr 2 (Umowa) dodał w § 5 ust. 16 postanowienie: *„Zamawiający zapewnia Wykonawcy na swój koszt uprawnienia, umożliwiające* ***modyfikowanie*** *Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Gotowego, niezbędne do świadczenia usług w zakresie i na zasadach określonych w Umowie i OPZ".*Postanowienie to jest niejednoznaczne, nieskonkretyzowane (nie ma tego ani w projekcie umowy ani w OPZ) i w żadnym zakresie nie odnosi się do kodów źródłowych. Wskazane postanowienie jest pozorne i w żaden sposób nie zmienia pozycji Odwołującego w postępowaniu. Dodatkową wątpliwość budzi sformułowanie *„umożliwiające modyfikowanie".* Zawężenie przedmiotu umowy do modyfikacji ani nie wynikało z zarzutu ani z Wyroku KIO.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający w punkcie 2.3 dodano opis uprawnień wynikających z posiadanej licencji do Oprogramowania Gotowego. 3.3.2.1 - gdzie dodano: „W sytuacji, w której posiadane przez Zamawiającego uprawnienia do Oprogramowania Gotowego nie są wystarczające do dokonania naprawy Błędu lub Wady, Zamawiający ***dopuszcza przygotowanie Obejścia*** w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii,w odniesieniu do którego nie stosuje się ograniczeń związanych z maksymalnym czasem funkcjonowania Obejścia (przygotowanie trwałego Obejścia). Możliwość przygotowania trwałego Obejścia, wskazaną w zdaniu poprzednim, uwzględnia się przy ocenie technicznej możliwości dokonania naprawy Błędu lub Wady. Zastosowanie trwałego Obejścia uwzględniane jest w Dokumentacji Systemu na takich samych zasadach jak inne modyfikacje. W sytuacji, w której przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, Wykonawca nie jest zobowiązany do naprawy Błędu lub Wady."

Zamawiający w żaden sposób nie nabył żadnych uprawnień (w tym uprawniających do dostępu i ingerencji w kod źródłowy oprogramowania TIMSI). Wskazał (skopiował z poprzedniej umowy) jaki ma zakres licencji od tego wykonawcy, który jak zostało udowodnione przed KIO (KIO 3088/24) jest niewystarczający do świadczenia pełnego zakresu usług utrzymania. W dalszym ciągu wskazuje, że można świadczyć usługi utrzymania Oprogramowania Gotowego TIMSI stosując „obejście" jednak ta metoda, która już była przedmiotem dyskusji pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, gdzie Izba nakazała odpowiednie zmiany.Trwałym obejściem jest de facto „zastąpienie starego (wadliwego) oprogramowania TIMSI" nowo wytworzonym, co jest niemożliwe do wykonania w czasach SLA i do wycenia na etapie ofertowania. I nie ma tu znaczenia, że przygotowanie Obejścia ma zostać zrealizowane w Czasie Naprawy Błędu Niskiej Kategorii.

Aktualna jest tutaj argumentacja z pisma procesowego Odwołującego z postępowania KIO 3088/24, gdzie wskazano, że Zamawiający otwarcie formułuje oczekiwanie do zastąpienia (przepisania) Oprogramowania Gotowego (do którego nie posiada autorskich praw majątkowych, a jedynie ograniczoną licencję) przez Oprogramowanie Dedykowane i t o **zastąpienie ma być realizowane w ramach usług utrzymania systemu, w czasie przewidzianym na obsługę błędów i w ramach ryczałtowego wynagrodzenia za te usługi**. Te oczekiwania:

- stanowią nadmierny i nieuzasadniony nakład pracy związany z usunięciem Błędu lub Wady (oprogramowanie danej funkcjonalności „od podstaw" zamiast „proste" usunięcie błędu)
- będą działaniem czasochłonnym, kosztownym i nieefektywnym - prościej, szybciej i taniej jest poprawić błąd w posiadanym oprogramowaniu niż projektować, budować, testować i integrować od początku;
- z powyższych powodów nie mogą być realizowane na warunkach SLA określonych w umowie dla usług utrzymania, a powinny być realizowane w ramach usług rozwojowych;
- budzą wątpliwości natury formalno-prawnej i księgowej dotyczące zastąpienia licencjonowanego Oprogramowania Gotowego przez Oprogramowanie Dedykowane wykonane przez nowego wykonawcę w ramach ryczałtowych usług utrzymania systemu bez dodatkowego wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem umowy jest utrzymanie Oprogramowania Gotowego, a nie wymiana Oprogramowania Gotowego na Oprogramowanie Dedykowane, tak więc argumentacje Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za chybioną. Posługując się analogią do świata motoryzacji całość oczekiwań Zamawiającego w zakresie

naprawy błędów Oprogramowania Gotowego można streścić w następujący sposób:
- Zamawiający organizuje przetarg nieograniczony na serwis samochodu w leasingu (Oprogramowanie Gotowe na licencji TIMSI). Tylko producent samochodu jest uprawniony żeby zajrzeć pod maskę (dostęp do kodów źródłowych i uprawnienia do ich zmiany). Pozostali wykonawcy, żeby naprawić wadliwy silnik mogą:
- naciskać przełączniki na pulpicie w kabinie pasażerskiej (parametryzacja i customizacja),
- jeśli to nie pomoże mogą zbudować nowy samochód, silnik lub jego element i zintegrować z serwisowanym samochodem - choć nadal bez otwierania maski.

Dodatkowo całość zadań opisanych powyżej ma zostać wykonana w czasie przewidzianym dla obsługi zgłoszenia Błędu Niskiej Kategorii mimo, iż typowy czas oczekiwania na nowy samochód lub wymianę silnika wraz z integracją i testami odbiorczymi liczony jest w tygodniach lub miesiącach. Na koniec nowy samochód/silnik (Oprogramowanie Dedykowane) dostarczony w ramach ryczałtowego wynagrodzenia za serwis ma przejść na własność Zamawiającego (przeniesienie praw autorskich do Oprogramowania Dedykowanego) w miejsce pojazdu, które wcześniej Zamawiający miał jedynie w leasingu (licencja na Oprogramowanie Gotowe).

Odwołujący podnosił ponadto, że elementem usługi utrzymania jest również usługa certyfikacji i dostosowania systemu określona w w pkt 3.3.3. OPZ. O ile obowiązek dostosowania określony w ust. 2 litera c) został zawężony poprzez zastrzeżenie dodane w ustępie 2a. to usługi certyfikacji określonej w ust. 2 litera a) nie da się świadczyć bez dostępu do kodów źródłowych. Nie jest bowiem możliwe opisanie ewentualnych modyfikacji niezbędnych do wdrożenia w Oprogramowaniu Gotowym bez dostępu do kodu tego oprogramowania. Odwołujący mając na uwadze powyższą argumentację wskazuje, że bez możliwości modyfikowania kodu źródłowego oprogramowania TIMSI **nie ma możliwości świadczenia względem tego oprogramowania usług opisanych w SWZ bez wsparcia firmy TIMSI** Jeśli Zamawiający nie ma możliwości uzyskania od TIMSI odpowiednio szerokich uprawnień obejmujących dostęp do kodów źródłowych i prawa do ich modyfikacji powinien usunąć Oprogramowanie Gotowe z przedmiotu zamówienia lub przenieść Oprogramowanie Gotowe do kategorii Oprogramowania Systemowego.

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

Zapewnienie w SWZ, że Zamawiający posiada odpowiednie uprawnienia (np. prawa autorskie majątkowe, licencje) oraz gwarantuje realną możliwość świadczenia usług dla Oprogramowania Gotowego tak jak dla Oprogramowania Dedykowanego, poprzez udzielenie szerokiej licencji wykonawcy (wraz z dostępem i 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. (ZGODNIE Z SENTENCJĄ KIO 3088/24)

Ewentualnie (żądanie alternatywne):

1) Przeniesienie Oprogramowania Gotowego do kategorii Oprogramowania Systemowego
2) odpowiednie dostosowanie pozostałych elementów dokumentacji postępowania.

Zamawiający w dniu 19.11.2024 r. wezwał (za pośrednictwem Platformy https://ezamowienia.gov.pl) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP)Comarch Polska S.A, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwany dalej: *„Comarch Polska S.A."* albo *„Przystępującym - I"* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Comarch Polska S.A.

W dniu 21.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP)ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica zwany dalej: *„ZETO-ŚWIDNICA Sp z o.o."* albo *„Przystępującym - II"* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: *ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o.".*

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24:

W dniu 15.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwany dalej: *„Comarch Polska S.A."* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24"* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24"* wniósł odwołanie na modyfikację SWZ z 05.11.2024 r. Odwołujący wnosił odwołanie wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy PZP – poprzez dokonanie w

dniu 05.11.2024 r. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób pomijający okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowi jednocześnie wykonanie czynności niezgodnie z treścią wyroku KIO, która w punkcie 2 wyroku z 21.10.2024 r. o sygn. akt: KIO 3188/24 uwzględniła zarzut nr 1 odwołania wniesionego przez Odwołującego (omyłkowo -w treści sentencji wyroku oznaczony jako zarzut nr 2) i nakazała Zamawiającemu dokonanie konkretnych zmian w dokumentacji postępowania. Odwołujący podkreśla, że zarzut nr 2 odwołania o sygn. akt KIO 3188/24 został przez Odwołującego cofnięty, a treść wyroku Izby nie budzi wątpliwości co do intencji uwzględnienia zarzutu nr 1 ze względu na fakt, iż prawidłowy numer uwzględnianego zarzutu został opisany na str. 67 uzasadnienia wyroku o sygn. akt KIO 3188/24. Omyłka w pkt. 2 sentencji wyroku Izby wynika zaś zapewne z tego, że zarzut nr 1 odwołania Odwołującego (sygn. akt KIO 3188/24) był tożsamy z zarzutem nr 2 odwołania Asseco Poland (sygn. akt: KIO 3088/24), a odwołania te były rozpoznawane łącznie. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób określony w uzasadnieniu odwołania (i nakazany wyrokiem KIO z 21.10.2024 r. o sygn. akt KIO 3188/24).

1.1.Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usług rozwoju oraz usług utrzymania systemu eksploatowanego przez Zamawiającego. W pierwotnych dokumentach zamówienia Zamawiający zawarł postanowienia, które uzależniały realizację zamówienia od uzyskania uprawnień do modyfikacji oprogramowania składającego się na system, od konkretnego podmiotu (TIMSI). W konsekwencji Odwołujący wniósł w dniu 04.09.2024 r. odwołanie wobec tak sformułowanych dokumentów, a KIO wyrokiem z 21.10.2024 r. uwzględniła zarzut nr 1 odwołania Odwołującego, nakazując Zamawiającemu dokonanie opisanej powyżej zmiany – 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. Tymczasem Zamawiający zmianą SWZ z 05.11.2024 r. wprowadził modyfikację dokumentów zamówienia poprzez: 1.1.1. wyłączenie z zakresu obowiązków Wykonawcy usuwania Błędów i Wad, co do których przekazane przez Zamawiającego uprawnienia licencyjne są niewystarczające i nie ma technicznej możliwości wprowadzenia Obejścia (tzw. obejścia trwałego), z pominięciem postawienia „granicy" technicznej możliwości wprowadzenia obejścia, co w praktyce prowadzić może również do naprawy błędu poprzez zastąpienie istniejącej funkcjonalności/modułu nowym; 1.1.2. konieczność wprowadzenia obejścia trwałego w czasie nie dłuższym niż 7 dni roboczych (czas naprawy Błędu Niskiej Kategorii), co w wielu przypadkach może być zobowiązaniem niemożliwym do spełnienia i co w praktyce uniemożliwia świadczenie przez wykonawcę innego niż TIMSI usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego w pełnym zakresie wynikającym z SWZ, w tym - naprawy Błędów i usuwania Wad; 1.1.3. zapewnienie przez Zamawiającego licencji do Oprogramowania Gotowego na potrzeby Usługi Usuwania Wad i Błędów z pominięciem zobowiązania do przekazania Wykonawcy niezbędnych licencji na potrzeby budowy środowiska testowego i developerskiego, pomimo, że w praktyce niemożliwym jest uzyskanie przez wykonawcę innego niż TIMSI 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, bez uzyskania licencji na potrzeby budowy środowiska testowego i deweloperskiego. 1.2.Mając na uwadze powyższe, zarzut nr 1 podniesiony w odwołaniu Odwołującego z 04.09.2024r. (sygn. akt KIO 3188/24) nadal pozostaje aktualny, pomimo jego pozytywnego rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą i wydania korzystnego dla Odwołującego wyroku (nakazania Zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian w dokumentach postępowania). 1.3.Odwołujący powstrzyma się od bardziej krytycznego skomentowania działania Zamawiającego, który nie tylko jest zamawiającym publicznym, dysponującym środkami publicznymi, ale również Prokuraturą Krajową, a co za tym idzie – podmiotem, który powinien spełniać najwyższe standardy w zakresie przestrzegania prawa. Odwołujący w tym miejscu skupi się zatem wyłącznie na podkreśleniu, że zarzucana w odwołaniach w sprawach o sygn. akt KIO 3088/24 i KIO 3188/24 niekorzystna dla finansów publicznych sytuacja vendor-lock in istnieje nadal. Pomimo dokonanych przez Zamawiającego w dniu 05.11.2024 r. zmian, szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia ma wyłącznie jeden podmiot – TIMSI. 1.4.W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że zmiana wskazana w pkt. 1.1.1. nie zapewnia możliwości świadczenia usług usuwania błędów i wad oraz certyfikacji w pełnym ich zakresie przez wykonawcę innego niż TIMSI, ponieważ dla błędów i wad, których możliwość usunięcia wykracza poza uprawnienia wynikające z posiadanych przez Zamawiającego licencji zastosowanie obejścia, nawet najmniejszego, wymaga każdorazowo (za wyjątkiem 1 przypadku, o czym poniżej) ingerencji w kod źródłowy tego oprogramowania. Tymczasem kodów źródłowych, Zamawiający, wbrew nakazom Izby nie zobowiązał się przekazać Wykonawcy (w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 3188/24 Izba wyraźnie podkreśliła, że Odwołujący udowodnił, iż może istnieć konieczność dostępu do kodów źródłowych oprogramowania w celu usuwania Wad i Błędów). Tymczasem zgodnie z modyfikacją wprowadzoną przez Zamawiającego w dniu 05.11.2024 r., wyłączenie obowiązku Wykonawcy do naprawy danego Błędu lub Wady ma być następstwem wyłącznie braku technicznych możliwości zastosowania Obejścia. Co istotne, nowe postanowienia OPZ nie stawiają żadnej „granicy" determinującej techniczne możliwości wprowadzenia obejścia, bez względu na czas i koszt konieczny do jego wprowadzenia. Należy zauważyć, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w sprawie sygn. akt KIO 3188/24, za możliwe obejście uważa on również sytuację polegającą na zastąpieniu Oprogramowania Gotowego

Oprogramowaniem Dedykowanym (!). Jest to jedyne rozwiązanie zastosowania „obejścia” z pominięciem ingerencji w kod źródłowy. Oznacza to również, że taka zamiana technicznie zawsze będzie możliwa, natomiast powodować będzie konieczność dostarczenia przez wykonawcę całych modułów systemy PROK-SYS bez dodatkowego wynagrodzenia. Oczywistym jest, że powyższe nie będzie problemem firmy TiMSI – producenta i właściciela praw majątkowych spornego Oprogramowania Gotowego. 1.5.Zmiana wskazana w pkt. 1.1.2. również nie umożliwia wykonawcy innemu niż TIMSI świadczenia usługi w sposób wymagany przez Zamawiającego, ponieważ w sytuacji w której jedynym sposobem naprawy danego Błędu lub Wady będzie wykonanie obejścia poprzez zastąpienie Oprogramowania Gotowego Oprogramowaniem Dedykowanym – choć technicznie w zasadzie zawsze będzie istniała taka możliwość – to w praktyce może wymagać zaangażowania dużego zespołu na wiele miesięcy pracy. Oczekiwanie wprowadzenia tego typu zmian w reżimie SLA przewidzianym dla Błędu nawet Niskiej Kategorii (do 7 dni roboczych) jest zobowiązaniem niemożliwym do spełnienia przez Wykonawcę, w rezultacie będzie prowadzić do naliczania kar. Ryzyko (a właściwie pewne koszty) tych kar, co oczywiste, każdy inny wykonawca poza TIMSI musiałby doliczyć do kosztów realizacji zamówienia (ceny oferty). Nie ulega wątpliwości, że stan ten w dalszym ciągu preferuje wykonawcę TIMSI (realnie – tylko ten jeden wykonawca jest w stanie złożyć konkurencyjną ofertę, albo decydować o tym, kto taką ofertę złoży jako wykonawca). 1.6. Zauważył, iż firma TIMSI jako producent spornego Oprogramowania Gotowego będzie zawsze miała pełną paletę metod naprawy Błędu i Wady, dzięki posiadanym kodom źródłowym. Każdy inny Wykonawca będzie ograniczony do uprawnień w zakresie modyfikacji Oprogramowania Gotowego wynikających z przekazanych przez Zamawiającego licencji, a w sytuacji gdy te będą niewystarczające - do nadpisywania „popsutego” Oprogramowania Gotowego Dedykowanym. Koszty obsługi Błędu, w tym wynikające z ryzyka naliczenia kar, będą w przypadku konkurentów TiMSI niewspółmiernie wyższe. 1.7.Zmiana wskazana w pkt. 1.1.3., to jest zapewnienie przez Zamawiającego licencji do Oprogramowania Gotowego na potrzeby świadczenia usług, w tym Usługi Usuwania Wad i Błędów z pominięciem zobowiązania do przekazania Wykonawcy niezbędnych licencji na potrzeby budowy środowiska testowego i developerskiego we własnej infrastrukturze, w praktyce oznacza brak możliwości wypełnienia przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z Okresu Przejściowego. W celu przygotowania wymaganych środowisk własnych niezbędne jest posiadanie licencji na użyte do budowy systemu Oprogramowanie Gotowe (oprogramowanie TIMSI). Bez uzyskania uprawnień do oprogramowania TiMSI nie jest możliwe spełnienie wskazanego wymagania SWZ, a co za tym idzie - rozpoczęcie świadczenia usług. Oprogramowanie Gotowe TiMSI nie jest oprogramowaniem ogólnodostępnym z otwartym cennikiem, co wymusza na Wykonawcach pozyskanie oferty od podmiotu konkurującego z nimi w jednym postępowaniu (firmy TiMSI), który może dowolnie sterować ceną niezbędnych do budowy środowisk licencji - problem ten był szeroko opisywany w odwołaniu Odwołującego z 04.09.2024 r. Posiadanie przez wykonawcę kompletnego środowiska deweloperskiego i testowego jest niezbędne do świadczenia wymaganych przez Zamawiającego usług utrzymaniowych i rozwojowych systemu PROK-SYS, tymczasem ich budowa jest niemożliwa bez uzyskania stosownych uprawnień do korzystania z licencji Oprogramowania TiMSI. 1.8.Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: 1.8.1. usunięcie modyfikacji wprowadzonych w dniu 05.11.2024 r. i wprowadzenie do dokumentów postanowienia 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; alternatywnie: 1.8.2. pozostawienie modyfikacji wprowadzonych w dniu 05.11.2024 r. z następującymi zmianami: 1.8.2.1. pkt. 3.3.2.1. Załącznika nr 1 do SWZ (str. 79 OPZ): W odniesieniu do Błędów lub Wad wynikających z funkcjonowania Oprogramowania Gotowego obowiązek ich naprawy występuje w zakresie, w jakim istnieje techniczna możliwość dokonania naprawy Błędu lub Wady lub konieczność zastosowania Obejścia, przy uwzględnieniu zakresu uprawnień niezbędnych do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. ~~W sytuacji, w której posiadane przez Zamawiającego uprawnienia do Oprogramowania Gotowego nie są wystarczające do dokonania naprawy Błędu lub Wady, Zamawiający dopuszcza przygotowanie Obejścia w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii, w odniesieniu do którego nie stosuje się ograniczeń związanych z maksymalnym czasem funkcjonowania Obejścia (przygotowanie trwałego Obejścia). Możliwość przygotowania trwałego Obejścia, wskazaną w zdaniu poprzednim, uwzględnia się przy ocenie technicznej możliwości dokonania naprawy Błędu lub Wady. Zastosowanie trwałego Obejścia uwzględniane jest w Dokumentacji Systemu na takich samych zasadach jak inne modyfikacje. W sytuacji, w której przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, Wykonawca nie jest zobowiązany do naprawy Błędu lub Wady~~. 1.8.2.2. Pkt. 3.3.3. ppkt. 2a, str. 86: Wykonawca zobowiązany jest realizować obowiązek określony w ppkt 2 lit c) ~~w zakresie w jakim istnieje techniczna możliwość dostosowania Oprogramowania Gotowego do zmian wynikających z modyfikacji (nowych wersji Oprogramowania Systemowego)~~ przy uwzględnieniu zakresu uprawnień do modyfikacji Oprogramowania Gotowego przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. 1.8.2.3. usunięcie modyfikacji z pkt. 3.3.2.4. (str. 83 OPZ); 1.8.2.4. w par. 5 ust. 16 Załącznika nr 2 do SWZ (Umowa): Zamawiający zapewnia Wykonawcy na swój koszt uprawnienia, umożliwiające modyfikowanie Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Gotowego, niezbędne do świadczenia usług w zakresie i na zasadach określonych w Umowie i OPZ,w szczególności umożliwiające budowę środowiska testowego i deweloperskiego – w terminie nie dłuższym niż 5 dni od dnia zawarcia umowy.

Zamawiający w dniu 19.11.2024 r. wezwał (za pośrednictwem Platformy https://ezamowienia.gov.pl) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP)Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwany dalej: *„Asseco Poland S.A."* albo *„Przystępującym - I"* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Asseco Poland S.A.

W dniu 21.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP)ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica zwany dalej: *„ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym - II"* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: *ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o.".*

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24, KIO 4272/24:

W dniu 28.11.2024 r. (e-mailem) Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24 oraz Przystępujący w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24 - Comarch Polska S.A. złożył pismo, w którym wnosił o uwzględnienie odwołań w całości.

I. Stanowisko w sprawie KIO 4272/24

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zmian dokonanych w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego w dniu 25.11.2024 r. Odwołujący stwierdza, że zarzuty podniesione przez niego w odwołaniu z 15.11.2024 r. pozostają aktualne. Pomimo dokonanych zmian, opis przedmiotu zamówienia w dalszym ciągu sporządzony jest z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy PZP ze względu na dokonanie w dniu 05.11.2024 r. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób pomijający okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowi jednocześnie wykonanie czynności niezgodnie z treścią wyroku KIO, która w punkcie 2 wyroku z 21.10.2024 r. o sygn. akt: KIO 3188/24 uwzględniła zarzut nr 1 odwołania wniesionego przez Odwołującego (omyłkowo w treści sentencji wyroku oznaczony jako zarzut nr 2) i 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. Zamawiający takiego zapewnienia nie wprowadził ani modyfikacją SWZ z 05.11.2024 r., ani modyfikacją SWZz 25.11.2024 r. Zamiast nakazanych przez Izbę modyfikacji, Zamawiający wprowadził inne postanowienia, które czynią podniesione przez Odwołującego zarzuty nadal aktualnymi. Modyfikacja z 05.11.2024 r. (i zarzuty wobec niej) opisane zostały przez Odwołującego w odwołaniu z 15.11.2024 r. Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu: 1.8.1. usunięcie modyfikacji wprowadzonych w dniu 05.11.2024 r. i wprowadzenie do dokumentów postanowienia 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; alternatywnie: 1.8.2. pozostawienie modyfikacji wprowadzonych w dniu 05.11.2024 r. z następującymi zmianami: 1.8.2.1. pkt. 3.3.2.1. Załącznika nr 1 do SWZ (str. 79 OPZ): W odniesieniu do Błędów lub Wad wynikających z funkcjonowania Oprogramowania Gotowego obowiązek ich naprawy występuje w zakresie, w jakim istnieje techniczna możliwość dokonania naprawy Błędu lub Wady lub konieczność zastosowania Obejścia, przy uwzględnieniu zakresu uprawnień niezbędnych do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. ~~W sytuacji, w której posiadane przez Zamawiającego uprawnienia do Oprogramowania Gotowego nie są wystarczające do dokonania naprawy Błędu lub Wady, Zamawiający dopuszcza przygotowanie Obejścia w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii, w odniesieniu do którego nie stosuje się ograniczeń związanych z maksymalnym czasem funkcjonowania Obejścia (przygotowanie trwałego Obejścia). Możliwość przygotowania trwałego Obejścia, wskazaną w zdaniu poprzednim, uwzględnia się przy ocenie technicznej możliwości dokonania naprawy Błędu lub Wady. Zastosowanie trwałego Obejścia uwzględniane jest w Dokumentacji Systemu na takich samych zasadach jak inne modyfikacje. W sytuacji, w której przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, Wykonawca nie jest zobowiązany do naprawy Błędu lub Wady~~. 1.8.2.2. Pkt. 3.3.3. ppkt. 2a, str. 86: Wykonawca zobowiązany jest realizować obowiązek określony w ppkt 2 lit c) ~~w zakresie w jakim istnieje techniczna możliwość dostosowania Oprogramowania Gotowego do zmian wynikającychz modyfikacji (nowych wersji Oprogramowania Systemowego)~~ przy uwzględnieniu zakresu uprawnień do modyfikacji Oprogramowania Gotowego przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. 1.8.2.3. usunięcie modyfikacji z pkt. 3.3.2.4. (str. 83 OPZ); 1.8.2.4. w par. 5 ust. 16 Załącznika nr 2 do SWZ (Umowa): Zamawiający zapewnia Wykonawcy na swój koszt uprawnienia, umożliwiające modyfikowanie Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Gotowego, niezbędne do świadczenia usług w

zakresie i na zasadach określonych w Umowie i OPZ, w szczególności umożliwiające budowę środowiska testowego i deweloperskiego – w terminie nie dłuższym niż 5 dni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający nie wykonał żądania określonego w odwołaniu Odwołującego z 15.11.2024 r. jako podstawowe w pkt. 1.8.1. (to jest wykonania wyroku KIO z 21.10.2024 r. o sygn. akt: KIO 3188/24 i wprowadzenia 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). Zamawiający nie wykonał również żądania określonego w odwołaniu Odwołującego z 15.11.2024 r. jako alternatywne w pkt. 1.8.2. w ppkt. 1.8.2.1, ppkt. 1.8.2.2., ppkt. 1.8.2.3. Jedyną zmianą, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią żądania Odwołującego, jest zmiana żądana w pkt. 1.8.2.4. odwołania i tylko to żądanie się zdezaktualizowało w wyniku modyfikacji SWZ dokonanej w dniu 25.11.2024 r. Zarzut w całości pozostaje jednak aktualny i aktualne pozostają żądania określone w pkt. 1.8.1., alternatywnie – w pkt. 1.8.2, ppkt. 1.8.2.1.-1.8.2.3. Zamawiający ponadto zmodyfikował pkt. 3.3.2.1. Załącznika nr 1 do SWZ (str. 79 OPZ), ale dokonana modyfikacja w żaden sposób nie rozwiązuje problemu objętego treścią zarzutu Odwołującego. Zamawiający w dalszym ciągu wymaga, aby Wykonawca usuwał wady systemu nie mając dostępu do kodów źródłowych tego systemu, poprzez wprowadzenie tzw. trwałego obejścia – co de facto sprowadza się do stworzenia w miejsce wadliwego elementu systemu – nowego elementu, i połączenia go z systemem. Wykonawca zobowiązany byłby zatem do pisania systemu od nowa w ramach usługi utrzymania systemu. Odwołujący podkreśla, że zaniedbania Zamawiającego, polegające na niewystarczającym zabezpieczeniu swoich interesów poprzez uzyskanie od twórcy systemu (TIMSI) praw niezbędnych do utrzymywania tego systemu na rynku konkurencyjnym, nie mogą być rozwiązywane poprzez przerzucanie ryzyka na wykonawcę, który jako wybrany w trybie konkurencyjnym ma podjąć się utrzymania takiego systemu. Już od 2009 r., kiedy to powstały pierwsze Rekomendacje udzielania zamówień na systemy informatyczne, Prezes UZP podkreślał, jak ważne jest zapewnienie przez zamawiających odpowiednich uprawnień od wykonawców budujących systemy, aby uniknąć niekorzystnego zjawiska związania zamawiającego z jednym wykonawcą i uzależnienia zamawiającego od tego jednego wykonawcy. Pomimo ugruntowania się tego stanowiska w literaturze, doktrynie, orzecznictwie, i w praktyce – Zamawiający będący Prokuraturą Krajową postanowił jednak nie wykonać tego obowiązku. Nie uzyskał bowiem od TIMSI praw pozwalających na modyfikowanie kodu źródłowego oprogramowania w taki sposób, aby każdy wykonawca wybrany w trybie otwartym, mógł realizować usługę utrzymania tego systemu. Wszelkie „atrapy", które Zamawiający w chwili obecnej wprowadza do SWZ, mające w założeniu przykryć to zaniedbanie, nie mogą zasługiwać na przyzwolenie. Zamawiający albo powinien nabyć od TIMSI niezbędne prawa do modyfikacji kodu, albo powinien wymienić system na nowy. Oczywiście Zamawiający może w tym momencie argumentować, że tak się właśnie stanie (wymieni system na nowy), jeśli wykonawca wykona tzw. obejście trwałe – bo stary, niesprawny element, zastąpi nowym oprogramowaniem. W skrajnym przypadku może to dotyczyć wszystkich elementów systemu opartych o Oprogramowanie Gotowe firmy TiMSli doprowadzić do budowy i wdrożenia nowego systemu w ramach usługi usuwania błędów. Już sama idea takiego działania jest wystarczająco kuriozalna. Niezależnie jednak od absurdalności tej idei, dla wykonawców problem tkwi w tym, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymaga od wykonawców określenia ceny za usługę utrzymania w sposób ryczałtowy. Tymczasem nie do przewidzenia jest, co się będzie „psuło" w systemie, i ile czasu wykonawcy zajmie przepisanie popsutych elementów na nowo. Wycena takiej usługi w sposób ryczałtowy jest zatem całkowicie niemożliwa. Odwołujący podkreślał to już podczas rozpatrywania pierwszego odwołania, i KIO uwzględniła stanowisko Odwołującego, nakazując w wyroku z 21.10.2024 r. o sygn. akt: KIO 3188/24 zapewnienie przez Zamawiającego odpowiednich uprawnień do oprogramowania, i kwestionując argumenty Zamawiającego o możliwości wprowadzenia tzw. trwałego obejścia. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający w dniu 05 i 25.11.24 r. dokonał dokładnie takich modyfikacji, które były omawiane przy poprzednim odwołaniu Odwołującego i zostały uznane przez KIO za wadliwe w postępowaniu zakończonym wyrokiem z 21.10.2024 r. o sygn. akt KIO 3188/24.

II. Stanowisko w sprawie KIO 4270/24

Przystępujący podtrzymuje swoje przystąpienie do odwołania Asseco Poland S.A. po stronie Odwołującego. Dokonane przez Zamawiającego modyfikacje nie zmieniają stanu faktycznego w sposób, który czyniłby zarzuty nieaktualnymi. Odnosząc się natomiast do podniesionego przez Asseco Poland S.A. żądania Przystępujący stwierdza, że uwzględnienie żądania określonego przez Asseco Poland S.A. będzie jednoznaczne z uwzględnieniem również zarzutu określonego w odwołaniu Odwołującego. Uwzględnienie zarzutów opisanych w obu odwołaniach (Comarch Polska S.A. i Asseco Poland S.A.) może być dokonane na różne sposoby, a sposób opisany w żądaniach Asseco Poland S.A. jest jednym z takich sposobów. Przystępujący nie sprzeciwia się zatem uwzględnieniu odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z treścią żądania określonego w odwołaniu Asseco Poland S.A

W dniu 29.11.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24 w całości. Na wstępie przedstawionej argumentacji Zamawiający wyjaśnia, że wykonawca Asseco w zarzutach podniesionych w odwołaniu zarzuca Zamawiającemu: 1. po pierwsze, brak wykonania wyroku KIO 3088/24 w zakresie pkt 2 sentencji, 2. a po wtóre, sformułowanie SWZz naruszeniem przepisów prawa, w czym upatruje naruszenia art. 99 ust.

1 i 4 w zw. z art. 16 z uwagi na to, jakoby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego dokonany: 1) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący bez uwzględnienia wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz 2) w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję przez wskazanie w zakresie utrzymania rozwiązania gotowego TIMSI, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców. Przed merytorycznym odniesieniem się do postawionych zarzutów w formule opisanej wyżej, koniecznym jest przywołanie okoliczności faktycznych, mających kluczowe znaczenie z punktu widzenia rozstrzyganych zarzutów, które przesądzają jednoznacznie o niezasadności wniesionego odwołania. Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, że w odwołaniu wniesionym pierwotnie przez wykonawcę Asseco w dniu 26.08.2024 r., które stanowiło przyczynek do prowadzenia postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3088/24 Asseco wskazywało na naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, koncentrując całą swoją argumentację na tym, iż posiadane przez Zamawiającego licencje nie uprawniają do ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego. Na gruncie wówczas prowadzonego sporu pomiędzy: Zamawiający a wykonawcą Asseco osią sporu była kwestia związana z ingerencją w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego, a co za tym idzie dysponowania przez Zamawiającego stosownymi uprawnieniami w tym zakresie. Tym samym rozstrzygnięcie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3088/24, do którego referuje Odwołujący, odnosiło się do kwestii zakreślonymi wówczas ramami sporu, dotyczącymi ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego i brzmiało w sposób następujący: „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". Tym samym stwierdzenie Odwołującego, zawarte w pkt 9 odwołania (str. 6): KIO (KIO 3088/24) przyznała rację Odwołującemu i nakazała nabycie przez Zamawiającego od TIMSI stosownych uprawnień do świadczenia usług (prawa autorskie majątkowe lub odpowiednio szeroka licencja) (pkt 9 odwołania), nie znajduje jakiegokolwiek poparcia w treści uzasadnienia wyroku KIO 3088/24. Wręcz przeciwnie. Nie potwierdza tego już sama analiza przywołanego przez wykonawcę Asseco treści uzasadnienia ww. wyroku (pkt 10 i 11 odwołania na str. 6-7), z którego wynika jedynie, że Zamawiający powinien zagwarantować Wykonawcy licencje niezbędne do świadczenia usług określonych w ramach przedmiotu zamówienia. Żaden ze wskazanych elementów wyroku nie nakazuje Zamawiającemu nabywania od TIMSI dodatkowych licencji, a jedynie nakazuje zapewnienie, że Wykonawca będzie miał możliwość świadczenia usług w oparciu o licencje/uprawnienia zapewnione mu przez Zamawiającego. Za przyjęciem takiego zapatrywania przemawia brzmienie przepisu art. 554 ust. 6 Pzp, który stanowi, że Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści. Oznacza to, że Izba nie może zastępować Zamawiającego w ukształtowaniu wzorca umowy. Analogiczne wnioski należy wywieść również względem postanowień OPZ, gdyż to Zamawiającemu, jako gospodarzowi prowadzonego postępowania znane są wszystkie potrzeby, a także okoliczności i uwarunkowania, które towarzyszą zamówieniu, zarówno w warstwie, technicznej, organizacyjnej, jak i finansowej. Ratio legis ustawodawcy, w tej kwestii wydaje się jasne i nie budzi wątpliwości. Tego rodzaju regulacja miała na celu przeciwdziałanie wprowadzaniu przez Izbę w sposób zupełnie dowolny postanowień, które nie były spójne i nie wpisywały się w udzielane zamówienie. Przekładając powyższe na grunt omawianego stanu faktycznego podnieść należy, że Zamawiający, podejmując działania w celu wykonania wyroku KIO w sposób wskazany w pkt 2 wspomnianego wyroku KIO przede wszystkim zmodyfikował zakres obowiązków wykonawcy, związany z naprawą Błędów Systemu w pkt 3.3.2.1. OPZ, na co wskazuje sam Odwołujący w pkt 14 odwołania. Przy tym podkreślił, że Zamawiający wyraźnie wyłączył obowiązek naprawiania Błędów lub Wad w Systemiew sytuacji, w której brak jest technicznej możliwości dokonania takiej naprawy przy zastosowaniu uprawnień do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, możliwych do przekazania wykonawcom przez Zamawiającego. Powyższemu zapatrywaniu Zamawiający dał wyraz dokonując modyfikacji SWZ w dniu 05.11.2024 r., poprzez modyfikację OPZ oraz wzoru Umowy, któremu nadano następujące brzmienie: - dodano § 5 ust 16 wzoru Umowy w brzmieniu: Zamawiający zapewnia Wykonawcy na swój koszt uprawnienia, umożliwiające modyfikowanie Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Gotowego, niezbędne do świadczenia usług w zakresie i na zasadach określonych w Umowie i OPZ. - zmodyfikowano treść pppkt 2 i dodano ppkt 2a w pkt 3.3.2.1. OPZ w brzmieniu: 2. Usługa obejmuje naprawę Błędów i Wad Systemu zarówno wynikających z działania Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Gotowego, z zastrzeżeniem ppkt 2a. 2a. W odniesieniu do Błędów lub Wad wynikających z funkcjonowania Oprogramowania Gotowego obowiązek ich naprawy występuje w zakresie, w jakim istnieje techniczna możliwość dokonania naprawy Błędu lub Wady przy uwzględnieniu zakresu uprawnień niezbędnych do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. W sytuacji, w której posiadane przez Zamawiającego uprawnienia do Oprogramowania Gotowego nie są wystarczające do dokonania naprawy Błędu lub Wady, Zamawiający dopuszcza przygotowanie Obejścia w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii, w odniesieniu do którego nie stosuje się ograniczeń związanych z maksymalnym czasem funkcjonowania Obejścia (przygotowanie trwałego Obejścia). Możliwość przygotowania trwałego Obejścia, wskazaną w zdaniu poprzednim, uwzględnia się przy ocenie technicznej możliwości dokonania naprawy Błędu lub Wady. Zastosowanie trwałego Obejścia uwzględniane jest w Dokumentacji Systemu na takich samych zasadach jak inne modyfikacje. W sytuacji, w której przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, Wykonawca nie jest zobowiązany do naprawy Błędu lub Wady. Zamawiający wskazuje, że zarzut Odwołującego, odnoszący się do braku wykonania wyroku

przez Zamawiającego zdaje się opierać na założeniu, że w wyroku KIO 3088/24 KIO nakazała Zamawiającemu nabycie uprawnień od TIMSI, zapewniających Wykonawcy dostęp i możliwość ingerencji w kod źródłowy oprogramowania TIMSI, co można wnioskować z treści pkt 15 odwołania. Powyższe nie znajduje potwierdzenia w analizie treści wyroku oraz jego uzasadnienia, z którego wynika obowiązek wyraźnego zapewnienia wykonawcy uprawnień odpowiednich do świadczenia usług. Oznacza to, ni mniej ni więcej, jak tylko tyle, że jeśli Zamawiający nie przekaże wykonawcy „dodatkowych" uprawnień do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, polegającej na ingerencji w kod źródłowy ww. Oprogramowania to, wykonawca nie jest zobowiązany do dokonania takiej naprawy. Powyższe nie stanowi obowiązku dla Zamawiającego do nabycie uprawnień od TIMSI, zapewniających Wykonawcy dostępi możliwość ingerencji w kod źródłowy oprogramowania TIMSI, w szczególności, gdy Zamawiający wyłączył ten obowiązek z realizacji w zakresie usługi utrzymaniowej. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, że Zamawiający nie wykonał wyroku Izby, gdyż całkowicie usunął z OPZ postanowienia, które stanowiły przedmiot zarzutu nr 2 z pierwotnego odwołania wykonawcy Asseco, a tym samym „pozbył" się części, która uprzednio stanowiła przedmiot sporu pomiędzy stronami. Co więcej, sam wykonawca Asseco w treści uprzednio złożonego odwołania domagał się tego rodzaju zmian, gdyż skonstruował żądanie w następujący sposób: „jeżeli w toku świadczenia usług utrzymania Oprogramowania Gotowego niezbędna będzie modyfikacja kodu źródłowego Oprogramowania Gotowego, Wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania usług w tym zakresie i nie ponosi z tego tytułu żadnej odpowiedzialności"(pkt 24 pisma procesowego Asseco z 26.09.2024 r. str. 7-8).

Wobec tego, w ocenie Zamawiającego, obecnie postawione zarzuty stanowią przejaw swoistej taktyki procesowej Odwołującego i zmierzają jedynie do celowego skomplikowania prowadzonego Postępowania celem wydłużenia sobie terminu na złożenie oferty, bowiem nie sposób dopatrzeć się w tego rodzaju sformułowaniu OPZ jakichkolwiek braków, niejasności, a tym bardziej ograniczenia konkurencji lub też uprzywilejowania jakiegokolwiek z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Na kanwie powyższego należy uznać, że nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, jakoby każdy potencjalny wykonawca był zobowiązany do zakupu oprogramowania TIMSI wraz z określonymi usługami komercyjnymi w celu złożenia oferty, bowiem, jak wskazano powyżej, w sytuacji, gdy wystąpi konieczność naprawy Błędu lub Wady, wymagająca ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego to, wówczas wykonawca nie będzie zobowiązany do tego rodzaju naprawy, w sytuacji, gdy Zamawiający nie przekaże wykonawcy odpowiednich uprawnień. Zatem nie sposób w tym zakresie stwierdzić jakiegokolwiek ograniczenia konkurencji i uprzywilejowania, któregokolwiek z wykonawców. W tym kontekście z oczywisty względów „odpadł" obowiązek zapewnienia przez wykonawcę licencji do ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego. Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący przytaczając w pkt 5 odwołania poprzednie brzmienie postanowień OPZ zdaje się sugerować, wprowadzając Izbę w błąd, jakoby Zamawiający nadal utrzymywał w mocy postanowienia SWZ, dotyczące obowiązku usuwania Błędów oraz dokonywania modyfikacji Oprogramowania Gotowego, pomijając przy tym jednocześnie fakt iż treść przywoływanych przez niego postanowień OPZ została zmieniona właśnie w celu dostosowania dokumentacji przetargowej do wyroku KIO 3088/24. Do tego samego sprowadza się twierdzenie Odwołującego z pkt 19, wskazujące, że „przedmiotem umowy jest utrzymanie Oprogramowania Gotowego" czy też twierdzenie wskazane w pkt 21 zgodnie z którym „nie ma możliwości świadczenia względem tego oprogramowania (TIMSI) usług opisanych w SWZ", gdy tymczasem przedmiotem zamówienia jest utrzymanie Systemu PROK-SYS (dalej: „System"). Co więcej, wbrew twierdzeniom Odwołującego obecna treść OPZ, określając zakres obowiązków Wykonawcy nie odwołuje się do konieczności naprawiania Błędów i Wad Oprogramowania Gotowego, ale do obowiązków naprawiania Błędów i Wad Systemu, wynikających z działania Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Gotowego. W kontekście powyższego należy wskazać, że zgodnie z definicją poszczególnych kategorii Błędów do tej kategorii zalicza się sytuacje, w których nie ma możliwości wykonywania określonych funkcjonalności Systemu, tj. System nie działa zgodnie z Dokumentacją Systemu oraz występują określone kategorie naruszeń bezpieczeństwa. Zatem obowiązki Wykonawcy nie odnoszą się do usuwania Błędów, odnoszonych do określonego komponentu Systemu ale do usuwania Błędów, odnoszonych do określonych funkcjonalności, za wykonywanie których mogą odpowiadać zarówno komponenty zbudowane w oparciu o Oprogramowanie Dedykowane, jak i komponenty zbudowane w oparciu o Oprogramowanie Gotowe. Tym samym błędne wnioski Odwołującego wynikają z niewłaściwej prezentacji, obowiązków Wykonawcy, z których jakoby wynikała konieczność utrzymania Oprogramowania Gotowego firmy TIMSI. Jest to twierdzenie całkowicie błędne, gdyż obowiązki Wykonawcy sprowadzają się do utrzymania zespołu określonych funkcjonalności, składających się na system informatyczny (w tym wypadku System PROK-SYS). Kolejno Zamawiający odniesie się do zarzutu (pkt 17-20 na str. 7-8 odwołania), związanego z rozwiązaniem przewidzianym w pkt 3.3.2.1 OPZ, tzw. „trwałym Obejściem", które stanowi jedną z możliwości dokonania naprawy Błędów Systemu, związanych z funkcjonalnościami działającymi w oparciu o Oprogramowanie Gotowe. Zamawiający wyjaśnia, że w tym zakresie dokonał kolejnej modyfikacji (doprecyzowania) w dniu 25.11.2024 r., poprzez zmianę treści pppkt 2a w pkt 3.3.2.1. OPZ, który otrzymał następujące brzmienie: 2a. W odniesieniu do Błędów lub Wad wynikających z funkcjonowania Oprogramowania Gotowego obowiązek ich naprawy występuje w zakresie, w jakim istnieje techniczna możliwość dokonania naprawy Błędu lub Wady przy uwzględnieniu zakresu uprawnień niezbędnych do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. W sytuacji, w której posiadane przez Zamawiającego uprawnienia do

Oprogramowania Gotowego nie są wystarczające do dokonania naprawy Błędu lub Wady, Zamawiający dopuszcza przygotowanie Obejścia, w odniesieniu do którego nie stosuje się ograniczeń związanych z maksymalnym czasem funkcjonowania Obejścia (przygotowanie trwałego Obejścia). Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania trwałego Obejścia, o którym mowa w zdaniu poprzednim w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii, a jeśli jest to niemożliwe, w terminie określonym na podstawie uzasadnionego wniosku Wykonawcy. Jeśli Zamawiający uzna, że określony przez Wykonawcę termin przygotowania trwałego Obejścia wskazany we wniosku jest zbyt długi, może zwrócić się o opinię do niezależnego eksperta z dziedziny budowy systemów informatycznych (osoba wpisana na listę biegłych sądowych, Izba Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, ekspert Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji). W przypadku gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy zawartego we wniosku, Wykonawca będzie zobowiązany wykonać trwałe Obejście zgodnie ze stanowiskiem eksperta co do maksymalnego czasu niezbędnego na przygotowanie trwałego Obejścia oraz Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszty wykonania ekspertyzy, które będą potrącone z Wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w §10 ust 2 Umowy. W przypadku gdy istnieje możliwość przygotowania trwałego Obejścia to, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania naprawy Błędu lub Wady w ten sposób. Zastosowanie trwałego Obejścia uwzględniane jest w Dokumentacji Systemu na takich samych zasadach jak inne modyfikacje. W sytuacji, w której przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, Wykonawca nie jest zobowiązany do naprawy Błędu lub Wady.

Biorąc pod uwagę powyższą zmianę nie tylko dostrzec, ale przede wszystkim podkreślić należy Zamawiający nie tylko wyłączył odpowiedzialność za naprawę Błędu lub Wady, jeśli nie istnieje techniczna możliwość dokonania takiej naprawy bez konieczności ingerowania w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego, ale również wprowadził możliwość dokonania naprawy w czasie wskazanym przez Wykonawcę. Tym samym nieaktualne są te elementy zarzutów Odwołującego, które odnoszą się do braku możliwości wykonania „trwałego Obejścia" wyłącznie w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii. Przytoczony wyżej fragment zmiany dokonanej przez Zamawiającego bezsprzecznie dowodzi wyjście naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego przy jednoczesnym poszanowaniu i właściwym zabezpieczeniu interesów Zamawiającego. Zaś za „puste" ogólniki należy uznać pozostałą resztę twierdzeń Odwołującego, że zastosowanie trwałego Obejścia „stanowi nadmierny i nieuzasadniony nakład pracy", „jest działaniem czasochłonnym, kosztownym i nieefektywnym" czy też budzi bliżej nieokreślone „wątpliwości natury formalno- prawnej i księgowej dotyczące zastąpienia Oprogramowania Gotowego przez Oprogramowanie Dedykowane" (pkt 18 odwołania). Na bazie argumentów przedstawionych przez Zamawiającego nie sposób dopatrzeć się w jego działaniach naruszenia 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 527 Pzp, polegających na: braku wykonania wyroku KIO 3088/24 w zakresie pkt 2 sentencji oraz sformułowania SWZ z naruszeniem ww. przepisów. Konkludując, w oparciu o argumentację wskazaną wyżej Zamawiający stoi na stanowisku, że całokształt zarzutów zgłoszonych w odwołaniu powinien podlegać oddaleniu z uwagi na ich niezasadność.

W dniu 29.11.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24 w całości.

Zamawiający nie zgadza się z treścią odwołania i zaprzecza wszelkim twierdzeniom w nim zawartym, co zostanie szerzej omówione poniżej w przedstawionym stanowisku. Na wstępie przedstawionej argumentacji Zamawiający wyjaśnia, że wykonawca Comarch w zarzutach podniesionych w odwołaniu zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp, poprzez dokonanie w dniu 05.11.2024 r. modyfikacji OPZ, w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowi jednocześnie brak wykonania czynności zgodnie z treścią wyroku KIO 3188/24 w zakresie pkt 2 sentencji.

Przed merytorycznym odniesieniem się do postawionych zarzutów w formule opisanej wyżej, koniecznym jest przywołanie okoliczności faktycznych, mających kluczowe znaczenie z punktu widzenia rozstrzyganych zarzutów, które przesądzają jednoznacznie o niezasadności wniesionego odwołania. Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, że w odwołaniu wniesionym pierwotnie przez wykonawcę Comarch w dniu 02.09.2024 r., które stanowiło przyczynek do prowadzenia postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3188/24 Comarch wskazywał na naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp wskazując, iż posiadane przez Zamawiającego licencje nie uprawniają do ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego. Na gruncie wówczas prowadzonego sporu pomiędzy: Zamawiający a wykonawcą Comarch osią sporu była kwestia związana z ingerencją w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego, a co za tym idzie dysponowania przez Zamawiającego stosownymi uprawnieniami w tym zakresie. Tym samym rozstrzygnięcie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3188/24 (analogicznie jak w zakresie wyroku KIO 3088/24), do którego referuje Odwołujący, odnosiło się do kwestii zakreślonymi wówczas ramami sporu, dotyczącymi ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego i brzmiało w sposób następujący: „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". Rozwinięciem brzmienia przywołanej sentencji wyroku jest treść uzasadnienia (str. 67 i 68

uzasadnienia), z którego wynika jedynie, że Zamawiający powinien zagwarantować Wykonawcy licencje niezbędne do świadczenia usług określonych w ramach przedmiotu zamówienia. Żaden ze wskazanych elementów wyroku nie nakazuje Zamawiającemu nabywania od TIMSI dodatkowych licencji, a jedynie nakazuje zapewnienie, że Wykonawca będzie miał możliwość świadczenia usług w oparciu o licencje/uprawnienia zapewnione mu przez Zamawiającego. Za przyjęciem takiego zapatrywania przemawia również brzmienie przepisu art. 554 ust. 6 Pzp, który stanowi, że Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści. Oznacza to, że Izba nie może zastępować Zamawiającegow ukształtowaniu wzorca umowy. Analogiczne wnioski należy wywieść również względem postanowień OPZ, gdyż to Zamawiającemu, jako gospodarzowi prowadzonego postępowania znane są wszystkie potrzeby, a także okoliczności i uwarunkowania, które towarzyszą zamówieniu, w tym możliwości techniczne i finansowe Zamawiającego. Ratio legis ustawodawcy w tej kwestii wydaje się jasne i nie budzi wątpliwości. Tego rodzaju regulacja miała na celu przeciwdziałanie wprowadzaniu przez Izbę w sposób zupełnie dowolny postanowień, które nie były spójne i nie wpisywały się w udzielane zamówienie.

Przekładając powyższe na grunt omawianego stanu faktycznego podniósł, że Zamawiający, podejmując działania w celu wykonania wyroku KIO w sposób wskazany w pkt 2 wspomnianego wyroku KIO przede wszystkim zmodyfikował zakres obowiązków wykonawcy, związany z naprawą Błędów Systemu w pkt 3.3.2.1. OPZ. Przy tym podkreślić należy, że Zamawiający wyraźnie wyłączył obowiązek naprawiania Błędów lub Wadw Systemie w sytuacji, w której brak jest technicznej możliwości dokonania takiej naprawy przy zastosowaniu uprawnień do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, możliwych do przekazania Wykonawcom przez Zamawiającego. Powyższemu zapatrywaniu Zamawiający dał wyraz dokonując w dniu 05.11.2024 r. zmiany SWZ, poprzez modyfikację OPZ oraz wzoru Umowy, któremu nadano następujące brzmienie: - dodano § 5 ust 16 wzoru Umowy w brzmieniu: Zamawiający zapewnia Wykonawcy na swój koszt uprawnienia, umożliwiające modyfikowanie Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Gotowego, niezbędne do świadczenia usług w zakresie i na zasadach określonych w Umowie i OPZ. - zmodyfikowano treść pppkt 2 i dodano ppkt 2a w pkt 3.3.2.1. OPZ w brzmieniu: 2. Usługa obejmuje naprawę Błędów i Wad Systemu zarówno wynikających z działania Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Gotowego, z zastrzeżeniem ppkt 2a. 2a. W odniesieniu do Błędów lub Wad wynikających z funkcjonowania Oprogramowania Gotowego obowiązek ich naprawy występuje w zakresie, w jakim istnieje techniczna możliwość dokonania naprawy Błędu lub Wady przy uwzględnieniu zakresu uprawnień niezbędnych do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. W sytuacji, w której posiadane przez Zamawiającego uprawnienia do Oprogramowania Gotowego nie są wystarczające do dokonania naprawy Błędu lub Wady, Zamawiający dopuszcza przygotowanie Obejścia w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii, w odniesieniu do którego nie stosuje się ograniczeń związanych z maksymalnym czasem funkcjonowania Obejścia (przygotowanie trwałego Obejścia). Możliwość przygotowania trwałego Obejścia, wskazaną w zdaniu poprzednim, uwzględnia się przy ocenie technicznej możliwości dokonania naprawy Błędu lub Wady. Zastosowanie trwałego Obejścia uwzględniane jest w Dokumentacji Systemu na takich samych zasadach jak inne modyfikacje. W sytuacji, w której przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, Wykonawca nie jest zobowiązany do naprawy Błędu lub Wady. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, że Zamawiający nie wykonał wyroku Izby, gdyż całkowicie usunął z OPZ postanowienia, które stanowiły przedmiot zarzutu nr 2 z pierwotnego odwołania wykonawcy Comarch, a tym samym „pozbył" się części, która uprzednio stanowiła przedmiot sporu pomiędzy stronami. Co więcej, Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, w tym również Odwołującego, w zakresie terminu wykonania trwałego Obejścia dokonał kolejnej modyfikacji (doprecyzowania) w dniu 25.11.2024 r., poprzez zmianę treści pppkt 2a w pkt 3.3.2.1. OPZ, który otrzymał następujące brzmienie: 2a. W odniesieniu do Błędów lub Wad wynikającychz funkcjonowania Oprogramowania Gotowego obowiązek ich naprawy występuje w zakresie, w jakim istnieje techniczna możliwość dokonania naprawy Błędu lub Wady przy uwzględnieniu zakresu uprawnień niezbędnych do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z § 5 ust 16 Umowy. W sytuacji, w której posiadane przez Zamawiającego uprawnienia do Oprogramowania Gotowego nie są wystarczające do dokonania naprawy Błędu lub Wady, Zamawiający dopuszcza przygotowanie Obejścia, w odniesieniu do którego nie stosuje się ograniczeń związanych z maksymalnym czasem funkcjonowania Obejścia (przygotowanie trwałego Obejścia). Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania trwałego Obejścia, o którym mowa w zdaniu poprzednim w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii, a jeśli jest to niemożliwe, w terminie określonym na podstawie uzasadnionego wniosku Wykonawcy. Jeśli Zamawiający uzna, że określony przez Wykonawcę termin przygotowania trwałego Obejścia wskazany we wniosku jest zbyt długi, może zwrócić się o opinię do niezależnego eksperta z dziedziny budowy systemów informatycznych (osoba wpisana na listę biegłych sądowych, Izba Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, ekspert Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji). W przypadku gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy zawartego we wniosku, Wykonawca będzie zobowiązany wykonać trwałe Obejście zgodnie ze stanowiskiem eksperta co do maksymalnego czasu niezbędnego na przygotowanie trwałego Obejścia oraz Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszty wykonania ekspertyzy, które będą potrącone z Wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w §10 ust 2 Umowy. W przypadku gdy istnieje możliwość przygotowania trwałego Obejścia to, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania naprawy Błędu lub Wady w ten sposób. Zastosowanie trwałego Obejścia uwzględniane jest w Dokumentacji Systemu na takich samych zasadach jak inne modyfikacje. W

sytuacji, w której przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, Wykonawca nie jest zobowiązany do naprawy Błędu lub Wady. Biorąc pod uwagę powyższe nie tylko dostrzec, ale przede wszystkim podkreślić należy, że Zamawiający nie tylko wyłączył odpowiedzialność za naprawę Błędu lub Wady, jeśli nie istnieje techniczna możliwość dokonania takiej naprawy bez konieczności ingerowania w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego, ale również wprowadził możliwość dokonania naprawy w czasie wskazanym przez Wykonawcę. Zatem, skoro Zamawiający dokonał stosownych zmian w kształcie opisanym wyżej (w dniach: 05 i 25.11.2024 r.) w zakresie postanowień OPZ i wzoru Umowy, wprowadzając możliwość naprawy Błędu lub Wady, związanej z Oprogramowaniem Gotowym, w terminie wskazanym we wniosku Wykonawcy (pkt 3.3.2.1. ppkt 2a OPZ) oraz doprecyzował zakres licencji, jakie zapewnia wykonawcy w zakresie możliwości wykorzystywania Oprogramowania Gotowego, poprzez wskazanie zapewnienia niezbędnych licencji na potrzeby budowy środowiska testowego i developerskiego (§ 5 ust 16 Umowy) to stwierdził, że zarzuty Comarch, podniesione w pkt 1.1.2., 1.1.3, 15 i 1.7 odwołania należy uznać za chybione, oraz za takie, które obecnie nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia w świetle brzmienia ww. dokumentów zamówienia. Omawiana kwestia przede wszystkim wymaga dogłębnego wyjaśnienia, bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego obecna treść OPZ, określając zakres obowiązków wykonawcy nie odwołuje się do konieczności naprawiania Błędów i Wad Oprogramowania Gotowego, ale do obowiązków naprawiania Błędów i Wad Systemu, wynikających z działania Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Gotowego. W kontekście powyższego należy wskazać, że zgodnie z definicją poszczególnych kategorii Błędów do tej kategorii zalicza się sytuacje, w których nie ma możliwości wykonywania określonych funkcjonalności Systemu (przede wszystkim), System nie działa zgodnie z Dokumentacją Systemu oraz występują określone kategorie naruszeń bezpieczeństwa. Wobec tego obowiązki Wykonawcy nie zasadzają się na usuwaniu Błędów, odnoszonych do określonego komponentu Systemu, ale do usuwania Błędów, odnoszonych do określonych funkcjonalności za wykonywanie, których mogą odpowiadać zarówno komponenty zbudowane w Oparciu o Oprogramowanie Dedykowane, jak i komponenty zbudowane w oparciu o Oprogramowanie Gotowe. Przy tym zaznaczenia wymaga, że Zamawiający nie przesądza określonego sposobu usuwania Błędów, wskazując jedynie na konieczność przywrócenia stanu, w którym będzie możliwe wykorzystywanie funkcjonalności Systemu w sposób zgodny z jego Dokumentacją. Zamawiającego wskazuje, że na gruncie obecnie realizowanej usługi utrzymania Systemu PROK-SYS zdecydowana większość zidentyfikowanych Błędów, dotyczących utrzymania Systemu wymagała jedynie wykorzystaniu zwykłych skryptów naprawczych, które modyfikowały błędy powstałe w wyniku działań użytkowników, poprzez generowanie odpowiednich zmian w bazie danych Systemu. Przykładem naprawy Błędu w sposób wskazany powyżej jest na przykład usunięcie z bazy danych wpisów błędnie dokonanych przez użytkowników, których dokonanie uniemożliwia im dalsze prawidłowe korzystanie z funkcjonalności (np. użytkownik błędnie wskazuje sąd właściwy w sprawie przez co nie jest możliwe wykonanie innych funkcjonalności związanych z prowadzeniem danej sprawy). Natomiast innym przykładem wykorzystania skryptów naprawczych do wyeliminowania Błędu lub Wady jest przygotowanie skryptu, powodującego rekonfigurację bazy danych np. poprzez zmianę sposobu wykorzystywania danych wprowadzanych przez użytkowników do prezentacji danych wynikowych. Tego typu sposób rozwiązywania Błędów i Wad wykorzystywany jest do dokonywania naprawy funkcjonalności związanych z obliczaniem przez System analiz statystycznych. Metody opisane wyżej, oparte o wykorzystywanie skryptów naprawczych, stanowią znaczną większość sposobów dokonywania naprawy występujących Błędów i Wad. Z analizy przeprowadzonej na potrzeby niniejszego Postępowania, w oparciu o dane zgromadzone w systemie obsługi błędów jasno wynika, że metody te były wykorzystywane przy naprawie aż 90 % Błędów i Wad w 2023 r. i aż 72 % Błędów i Wad w okresie: od stycznia 2024 r. do lipca 2024 r. Zatem twierdzenia, dotyczące każdorazowej konieczności ingerowania w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego Systemu, wskazywane przez Odwołującego nie tylko nie pokrywają się z dotychczasowym doświadczeniem Zamawiającego, ale również zmierzają do zaciemnienia istniejącej rzeczywistości, poprzez wskazywanie praktycznie rzadko występujących sytuacji, które w ocenie Odwołującego mają stanowić regułę postępowania w zakresie dokonywanych napraw. Przy tym jasno wskazać należy, że dopiero w dalszej kolejności i w niewielkim stopniu naprawa występujących Błędów i Wad następowała w wyniku: po pierwsze rekonfiguracji lub parametryzacji Oprogramowania Dedykowanego lub Oprogramowania Gotowego, po drugie poprzez wprowadzenie zmian w kodzie źródłowym oprogramowania Systemu. Z punktu widzenia rozpoznawanego zarzutu za kluczowe należy uznać stwierdzenie, że w całym okresie świadczenia usług związanych z utrzymaniem Systemu PROK-SYS (w latach 2022- 2024) nie zidentyfikowano żadnego przypadku, w którym Wykonawca dokonywał naprawy błędu przy zastosowaniu Obejścia. Co więcej, Prokuratura Krajowa stanowi swoisty „hub" zakupowy i logistyczny dla wszystkich prokuratur w całym kraju. Oznacza to, że realizuje bardzo skomplikowane projekty informatyczne, w których przewiduje również rozwiązanie w postaci analogicznego „Obejścia", jak w rozpoznawanym przypadku. Dotychczas, w ani jednym przypadku tego rodzaju rozwiązanie nie było stosowane przez wykonawców, świadczących tego rodzaju usługi informatyczne, ponieważ zastosowanie standardowych (analogicznych, jak te przewidziane na gruncie prowadzonego postępowania) rozwiązań w celu usuwania Błędów było w zupełności wystarczające, aby właściwie realizować usługi utrzymaniowe. W odniesieniu do stosowania Obejścia należy wskazać, że nie jest to rozwiązanie preferowane przez Zamawiającego, gdyż zakłada, że ta sama funkcjonalność Systemu wykonywana jest w inny sposób niż obecnie (np. poprzez wypełnianie pól w innej zakładce Systemu niż dotychczas), co generuje problemy organizacyjne

po stronie Zamawiającego, wiążące się z koniecznością zmiany przyzwyczajeń użytkowników Systemu, poprzez organizowanie dodatkowych szkoleń oraz zmiany dokumentacji użytkownika Systemu. Tym samym rozwiązanie to należy traktować, jako rozwiązanie ostateczne, gdy nie będzie możliwości naprawy w inny sposób opisany wyżej, np. przy wykorzystaniu zwykłych skryptów naprawczych. W odniesieniu do tej części argumentacji, w której Odwołujący odnosi się do niemożności świadczenia usług usuwania Błędów i Wad oraz certyfikacji, związanych z Oprogramowaniem Gotowym (pkt 1.4.) przy braku zapewnienia uprawnień do ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego, w ocenie Zamawiającego argumentacja podniesiona przez Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczna. Zauważenia wymaga, żez jednej strony Odwołujący podnosi, że nie istnieje możliwość świadczenia usługi w sposób ujęty przez Zamawiającego, a przy tym sam jednocześnie wskazuje, że taka naprawa wymaga ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego za wyjątkiem jednego przypadku (modyfikacji kodu źródłowego oprogramowania Systemu), który opisany jest w akapicie drugim pkt 1.4. odwołania. Skoro sam Odwołujący opisuje sytuację, co najmniej jedną, która umożliwia świadczenie ww. usługi Oznacza to, że wykonawca Comarch sam przyznaje, że świadczenie usług jest możliwe, skoro występuje sytuacja, która umożliwia realizację usługi nawet na zasadzie wyjątku. Abstrahując jednak od sprzeczności ww. argumentacji przedstawionej przez wykonawcę Comarch stwierdzić należy, że twierdzenie o niemożności świadczenia usług usuwania Błędów i Wad, związanych z Oprogramowaniem Gotowym bez uprawnień do ingerencji w kod źródłowy ww. Oprogramowania jest nieprawdziwe, ponieważ nie uwzględnia głównego trzonu realizowanych napraw przy wykorzystaniu: skryptów naprawczych, co jest regułą w tego typu naprawach, a także procesu: rekonfiguracji i parametryzacji Oprogramowania Gotowego. Na kanwie powyższego Zamawiający stoi na stanowisku, że prawdziwe i w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający zapewnia uprawnienia umożliwiające usuwanie Błędów i Wad Systemu, w tym wynikających z Oprogramowania Gotowego, co stanowi wyraz wykonania przez Zamawiającego nakazu wynikającego z sentencji wyroku KIO. Podobną argumentację Odwołujący przedstawia w odniesieniu do braku możliwości wykonywania usług certyfikacji, o której enigmatycznie jedynie wspomina w pkt 1.4. Odwołania, ale w żaden sposób nie uzasadnia prezentowanego stanowiska. W aspekcie argumentacji przedstawionej wyżej, dotyczącej braku zobowiązania się Zamawiającego do przekazania kodów źródłowych Oprogramowania Gotowego (na co wskazuje odwołujący w pkt 1.4. odwołania) to, ponownie należy wskazać, że zarówno treść wyroku KIO 3188/24, jak i jego uzasadnienia nie nakłada na Zamawiającego konkretnego zakresu uprawnień, jakie mają być zapewnione wykonawcy przez Zamawiającego, a jedynie referuje do konieczności zapewnienia uprawnień w sytuacji, gdy te, mają być niezbędne do świadczenia usług, w tym naprawienia Błędów i Wad. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że Zamawiający wyłącza odpowiedzialność wykonawcy za naprawę Błędu lub Wady, jeśli jest to technicznie niemożliwe (z zastrzeżeniem możliwości trwałego Obejścia) przy uwzględnieniu zakresu uprawnień zapewnianych przez Zamawiającego. Zatem sprowadza się do sytuacji, w której odpowiedzialność wykonawcy jest wykluczona, jeśli naprawa Błędu lub Wady nie może nastąpić bez dostępu do kodu źródłowego Oprogramowania Gotowego, co wcale jednocześnie nie oznacza, że brak zapewnienia wykonawcy dostępu do kodu źródłowego Oprogramowania Gotowego uniemożliwia świadczenie usług, wynikającychz zamówienia. Następnie Zamawiający wskazuje, że zarzut Odwołującego w zasadzie nie sprowadza się do wykazania niemożliwości świadczenia usług naprawy Błędów i Wad, ale do wykazania trudności związanych z ich świadczeniem, który to fakt zdaniem Odwołującego stanowi element uprzywilejowujący wykonawcę, posiadającego możliwość modyfikowania kodów źródłowych Oprogramowania Gotowego. Według Odwołującego, skoro nie ma on możliwości dokonywania modyfikacji kodów źródłowych Oprogramowania Gotowego, to jest on zobowiązany do naprawiania Błędów i Wad (w sytuacji gdy są one związane z funkcjonowaniem Oprogramowania Gotowego) poprzez dostarczanie tych samych funkcjonalności, jako Oprogramowania Dedykowanego, czego nie musi wykonywać podmiot dysponujący uprawnieniami do modyfikacji kodu źródłowego Oprogramowania Gotowego. Zdaniem Zamawiającego jest stanowisko wadliwe i niczym nie poparte. Przyjęte zapatrywanie wykonawcy Comarch pomija przede wszystkim inne możliwości dokonania naprawy opisane wyżej, tj. przede wszystkim dokonanie naprawy przy wykorzystaniu skryptów naprawczych (co jest regułą) oraz poprzez rekonfigurację i parametryzację Oprogramowania Gotowego. Właśnie wskazane tu możliwości brane są pod uwagę w pierwszej kolejności przy określaniu technicznej możliwości dokonywania naprawy Błędu lub Wady w rozumieniu postanowienia zawartego w pkt 3.3.2.1. ppkt 2a OPZ. Dopiero, jeśli przy uwzględnieniu posiadanego zakresu uprawnień do modyfikacji Oprogramowania Gotowego, nie istnieje żadna metoda, pozwalająca na przywrócenie działania funkcjonalności w sposób wynikający z dokumentacji Systemu - co jest rozwiązaniem najbardziej racjonalnym z punktu widzenia Zamawiającego - dopuszcza się zastosowanie trwałego Obejścia, czyli rozwiązania polegającego na zapewnieniu działania danej funkcjonalności (wykonania danej funkcji Systemu) w ograniczonym zakresie. Następnie w dalszej kolejności, jeśli przygotowanie trwałego Obejścia nie jest możliwe, ze względu na to, iż wymaga modyfikacji kodu źródłowego Oprogramowania Gotowego, odpowiedzialność Wykonawcy za naprawę Błędu lub Wady jest wyłączona. Kolejno Zamawiający odniesie się do przykładu Odwołującego, który zrównuje przypadek zastosowania trwałego Obejścia z koniecznością „dostarczenia przez wykonawcę całych modułów systemy PROK-SYS bez dodatkowego wynagrodzenia”, który dla Zamawiającego jest nie tyle, co wyolbrzymiony, ale też całkowicie niedorzeczny. Powyższe stwierdzenie jest o tyle nieuzasadnione, że naprawa Błędów lub Wad, dotyczy nieprawidłowo działania pojedynczych funkcjonalności. Natomiast sytuacja, w której konieczna byłaby wymiana całego „modułu” Systemu następowałaby jedynie w hipotetycznym stanie faktycznym, w którym wszystkie funkcjonalności, za które odpowiada dany moduł, przestałyby

działać w sposób określony w dokumentacji Systemu. Sytuacja taka nigdy nie miała miejsca w okresie dotychczasowej eksploatacji Systemu i jest zwyczajnie nieprawdopodobna. Odwołujący kreuje wizję uprzywilejowania wykonawcy, posiadającego uprawnienia do modyfikacji kodów źródłowych Oprogramowania Gotowego, poprzez przedstawianie wyjątkowej sytuacji, jako reguły postępowania przy usuwaniu Błędów i Wad podczas, gdy w zasadzie notoryjną wiedzą jest, iż w praktyce nie występuje sytuacja, w której wszystkie funkcjonalności, za które odpowiada Oprogramowanie Gotowe, przestaną jednocześnie działać prawidłowo w okresie obowiązywania Umowy. Ponadto sugerowane przez Odwołującego działanie, polegające na „przepisaniu" Oprogramowania Gotowego do Oprogramowania Dedykowanego w zakresie całych modułów wymagałoby czasu pokrywającego się co najmniej z czasem trwania Umowy. Dotychczasowe rozwiązanie budowane było w ramach projektu trwającego 3 lata i opierało się na Oprogramowaniu Gotowym, które nie wymagało wytwarzania kodu źródłowego w trakcie projektu. Skutkiem tego byłoby pozbawienie w tym okresie możliwości wykorzystywania funkcjonalności użytkowników Systemu, co sprowadzałoby się do wyłączenia Systemu w tym okresie. Dlatego rozwiązanie takie jest skrajnie nieracjonalne z perspektywy Zamawiającego i jego zastosowanie z pewnością nie zostałoby uznane za „techniczną możliwość naprawy Błędu lub Wady", gdyż taka naprawa faktycznie spowodowałaby wieloletni brak możliwości wykorzystywania grupy funkcjonalności przez użytkowników a tym samym brak możliwości prowadzenia postępowań przygotowawczych w sprawach karnych przez prokuraturę w tym okresie. Konkludując, w oparciu o argumentację wskazaną wyżej Zamawiający stoi na stanowisku, że całokształt zarzutów zgłoszonych w odwołaniu powinien podlegać oddaleniu z uwagi na ich bezzasadność i brak wykazania.

W dniu 29.11.2024 r. (e-mailem) Przystępujący - ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.ozłożył pismo, w którym wnosił o uwzględnienie obu odwołań w całości. Kwestią szczególnie istotną z punktu widzenia Przystępującego, podnoszoną w obu odwołaniach, jest wskazanie na niewykonanie nakazu zawartego w wyroku KIO 3088/24 w zakresie zapewnienia potencjalnemu Wykonawcy praw niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy w zakresie w niej określonym. Istota wady SWZ polega tu na braku zapewnienia Wykonawcy odpowiednich uprawnień w zakresie autorskich praw majątkowych niezbędnych do świadczenia usług w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego, które wynikają wprost za zapisów wzoru umowy oraz nakazują Wykonawcy świadczenie usług utrzymania w stosunku do Oprogramowania Gotowego na zasadach takich jak dla Oprogramowania Dedykowanego. Podkreślić należy, iż Oprogramowanie Gotowe wykorzystane w systemie PROK-SYS, stanowi w istocie kluczowe elementy modułu Libra oraz realizuje w znacznej mierze funkcjonalność podsystemów niezbędnych dla obsługi podstawowych procesów biznesowych realizowanych w prokuraturze poprzez PROK-SYS, które to procesy wynikają w znacznej części z przepisów prawa (ustaw, zarządzeń Prokuratora Generalnego, instrukcji wewnętrznych). Z tego tytułu istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż w okresie obowiązywania przedmiotowej usługi utrzymania komponenty te będą wymagać modyfikacji. Należy przytoczyć, iż w załączniku Nr 2 do OPZ, jako Oprogramowanie Gotowe Zamawiający określił:*W tym miejscu stanowiska ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o. fragment przywołanego powyżej załącznika/*

Tym samym komponenty Oprogramowania Gotowego w ramach tzw. czynności repertoryjno-biurowych stanowią kluczowe funkcjonalnie elementy systemu PROK-SYS lub też stanowią niejako bazę (jądro systemu) dla innych komponentów dedykowanych. Brak przekazania stosownych praw pozwalających na modyfikację tychże komponentów oraz brak dostępności kodu źródłowego uniemożliwia wprowadzanie korekt w ich kodzie wynikających z potrzeb usuwania ewentualnych błędów, a tym samym uniemożliwia realizację przedmiotu umowy zgodną z jej zapisami. Charakterystyczne jest również to, iż właścicielem praw autorskich wszystkich wymienionych komponentów jest jedna i ta sama firma TiMSI Sp. z o.o., będąca konsorcjantem wykonawcy głównego, który w ramach zamówienia publicznego z 2018 roku na Budowę i wdrożenie systemu PROK-SYS (TED: 2018/S 225-514809) od marca 2019 r., na podstawie Umowy zawartej w dniu 19.03.2019r., do chwili obecnej wspólnie z konsorcjantem głównym wdrożył i sprawował opiekę nad przedmiotowym systemem PROK-SYS. Znamienne jest ponadto, iż oprócz Oprogramowania Gotowego firmy TiMSI w tabeli Załącznika Nr 2 do OPZ wymieniono jedynie 2 komponenty oprogramowania oparte na licencjach zewnętrznych (*w tym miejscu stanowiska wymienione wprost konkretne komponenty*) oraz w jednym przypadku oprogramowanie typu open source (*w tym miejscu stanowiska wymieniony wprost konkretny komponent*). Te licencje są jednak licencjami publicznie dostępnymi na rynku dla wszystkich potencjalnych oferentów i możliwe jest skalkulowanie kosztów ich zakupu na potrzeby przygotowania oferty. W kontekście powyższego należy ponadto zwrócić uwagę na wymagania postawione przez Zamawiającego w ww. postępowaniu w roku 2018, którego przedmiotem było wytworzenie, wdrożenie i utrzymanie systemu PROK-SYS w okresie 3 lat od daty wdrożenia. W opublikowanej w tym postępowaniu dokumentacji przetargowej Zamawiający dopuścił stosowanie Oprogramowania Gotowego, jednak zgodnie z definicją zamieszczoną we wzorze umowy (załącznik Nr 2 do SIWZ str. 6) za Oprogramowanie Gotowe Zamawiający uznał „Oprogramowanie wykorzystywane do realizacji funkcjonalności Systemu, do którego Zamawiający posiada licencje w momencie podpisania Umowy oraz nabywa licencje lub inne uprawnienia w trakcie obowiązywania Umowy. Jako Oprogramowanie Gotowe może być traktowane oprogramowanie, do którego Wykonawca nie może przekazać Zamawiającemu autorskich praw majątkowych, dostępne publicznie, zarówno oferowane w sprzedaży (oprogramowanie komercyjne) jak również udostępniane na zasadach licencji otwartej (oprogramowanie open source). Oprogramowaniem Gotowym w rozumieniu Umowy nie są modyfikacje Oprogramowania Gotowego dokonywane przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy.

Elementy oprogramowania Systemu określone jako Oprogramowanie Gotowe, do którego Zamawiający posiada licencje zostały określone w załączniku nr 2 i 3 do OPZ.”. Analizując wyżej przedstawioną listę komponentów Oprogramowania Gotowego w kontekście dostępności tego oprogramowania jako oprogramowania komercyjnego, jak również w aspekcie braku informacji o dostępności oprogramowania oferowanego przez wyżej wspomnianego producenta tego oprogramowania, należy jednoznacznie stwierdzić, iż nie spełnia ono postawionych przez Zamawiającego w roku 2018 wymagań. Zasadność wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu (które Przystępujący w całej rozciągłości podziela), potwierdzona również została bogatym orzecznictwem KIO. W Wyrokuz 20.02.2024 r. (sygn. akt. KIO 359/24) KIO stwierdziła, że obowiązek dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia nie jest ograniczony wyłącznie do określenia zakresu świadczenia, ale również opisania warunków wykonania tego świadczenia przez potencjalnych wykonawców na uczciwych i przejrzystych zasadach. Zatem „Jeżeli zakresem zamówienia objęta zostaje również część prac, które wymagają ich wykonania przez inny podmiot, z którym Zamawiający miał zawartą umowę na dostawę i zabudowę urządzeń SRK, to należy uznać, iż pozostawienie niedoprecyzowanych zasad na jakich współpraca tego podmiotu z wykonawcą systemu ETCS miałaby mieć miejsce, prowadzi wprost do braku możliwość dokonania wyceny kosztów prac, a tym samym złożenia konkurencyjnej oferty. Należy zatem traktować tą sytuację w drodze analogii do innych zamówień, w których konieczne jest ingerowanie w urządzenia już dostarczone, do czego uprawnień nie mają inne podmioty działające na rynku i to po stronie Zamawiającego spoczywa odpowiedzialność za brak możliwość uzyskania gwarancji współpracy na warunkach konkurencyjnych. Zamawiający decydując o obecnej formule zamówienia, w którym konieczne jest ingerowanie w urządzenia innych producentów, co z uwagi na ochronę własności intelektualnej wymaga bezwzględnie udziału tego podmiotu w części prac, nie może zakładać, że dla innych podmiotów udział w zamówieniu jest otwarty i dostępny na warunkach uczciwej konkurencji.” Przy obecnym brzemieniu SWZ ani Przystępujący, ani też Odwołujący nie mają możliwości negocjacyjnych i pozostają na słabszej pozycji, w zasadzie czyniącej nierealnym ich udział w postępowaniu na równych zasadach. Przy obecnej formule dyktującym warunki dla tego zamówienia pozostaje w zasadzie jeden podmiot, który może dowolnie przedstawić ofertę współpracy, odbiegającą od realnych kosztów świadczenia, jakie miałby realizować na rzecz innego podmiotu. Dokonane dotychczas modyfikacje SWZ nie zmieniają stanu niepewności potencjalnych Wykonawców, gdyż nadal potencjalny Wykonawca nie może na podstawie aktualnej treści SWZ określić, czy możliwe będzie złożenie konkurencyjnej oferty. W rezultacie mamy do czynienia ze stworzeniem wyłącznie pozoru konkurencyjności w postępowaniu przetargowym, w sytuacji gdy to wyłącznie od podmiotu trzeciego, zależy na jakich zasadach podejmie współpracę. W efekcie powyższe prowadzi faktycznie do monopolizowania zamówienia. Ponadto warto zauważyć, że nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzeniem, że wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty wszystkie ryzyka. Wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SWZ. Wykładnia funkcjonalna art. 99 ust. 1 ustawy PZP nie pozwala na przyjęcie, że obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie tylko takich informacji, które posiada. Bowiem Zamawiający jest zarówno gospodarzem prowadzonego postępowania, jak również to od jego wcześniejszych działań zależy zakres nabytych praw, w tym licencji, kodów źródłowych, dokumentacji technicznej, czy też innych praw zależnych umożliwiających mu samodzielny rozwój posiadanego systemu lub możliwość zlecenia tej czynności podmiotom trzecim, innym niż jego producent. Również w Wyroku z 22.01.2018 r. (sygn. akt: KIO 26/18), KIO stwierdziła, że „ustanowienie wymogu współpracy (integracji) dostarczanych urządzeń przez wykonawców z posiadaną infrastrukturą zamawiającego, pomimo braku zdefiniowania parametrów technicznych urządzeń oraz brak przekazania przez zamawiającego tzw. protokołów komunikacyjnych oraz kodów źródłowych pozwalających na wymianę danych informatycznych pomiędzy dostarczanymi urządzeniami wykonawcy, a istniejącą infrastrukturą zamawiającego, co uniemożliwia sporządzenie oferty i realizację zamówienia” stanowi naruszenie przepisów ustawy pzp. Istotne jest również to, że Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób całkowicie sprzeczny z rekomendacjami Prezesa UZP („Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczących zamówień publicznych na systemy informatyczne, czerwiec 2020”). Z rekomendacji tych wprost wynika, że Zamawiający przed wszczęcie postępowania „Powinien rozważyć: jaki jest stan wykorzystywanych przez niego systemów informatycznych, czy możliwa będzie integracja tych systemów z nabywanym rozwiązaniem, a także jakim zakresem uprawnień prawnoautorskich i technicznych dysponuje do wykorzystywanych już przez niego systemów, tj. czy ma np. uprawnienia prawne (licencję lub autorskie prawa majątkowe) do modyfikowania i rozwijania takich systemów, czy prace takie mogą wykonywać także inni wykonawcy, czy dysponuje kodami źródłowymi do takich systemów wraz z odpowiednim środowiskiem umożliwiającym swobodną modyfikacje takich systemów lub też integrację takich systemów z innymi planowanymi do zamówienia. Zamawiający powinien zatem szczegółowo przeanalizować własne potrzeby w zakresie rodzajów rozwiązań informatycznych, które zamierza nabyć, a także przygotowując się do postępowania dokładnie zinwentaryzować środowisko IT, jakie już posiada”. W ocenie Przystępującego Zamawiający nie uwzględnił wszystkich istotnych elementów zamówienia, w konsekwencji prowadzone jest ono w sposób naruszający treść art. 99 oraz 16 ustawy PZP. Mając na uwadze powyższe Przystępujący popiera zarówno wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniach, jak i treść sformułowanych w nich wniosków. Zaznaczając, że mimo różnego sformułowania wniosków przez każdego z Odwołujących, nie pozostają one ze sobą sprzeczne, a

zmierzają do modyfikacji treści SWZ w sposób zgodny z przepisami prawa.

W dniu 29.11.2024 r. (e-mailem) Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24 oraz Przystępujący w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24 - Asseco Poland S.A. złożyło pismo, w którym wnosiło o uwzględnienie odwołania w całości.

Stanowisko po zmianach SWZ z 25.11.2024 r.

Działając w imieniu Asseco Poland S.A. mając na uwadze zmiany SWZ z 25.11.2024 r. wskazuje co następuje. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że zmiany dokonane przez Zamawiającego w żaden sposób nie zmierzają do wykonania Wyroku KIO 3088/24, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest do: „wprowadzenia postanowień, z których 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." Wobec powyższego argumentacja i twierdzenia wskazane w odwołaniu pozostają aktualne i Odwołujący podtrzymuje je w całości. W dniu 25.11.2024 r. do SWZ zostały wprowadzone dwie zmiany, jedna we wzorze umowy, druga w opisie przedmiotu zamówienia PPU – W § 5, ust. 16 dodano pokreślony fragment: Zamawiający zapewnia Wykonawcy na swój koszt uprawnienia, umożliwiające modyfikowanie Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Gotowego, niezbędne do świadczenia usług w zakresie i na zasadach określonych w Umowie i OPZ, w tym umożliwiające budowę środowiska testowego i deweloperskiego – w terminie nie dłuższym niż 5 Dni Roboczych od dnia zawarcia umowy. OPZ – W punkcie 3.3.2 (usuwanie błędów) dodano: Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania trwałego Obejścia, o którym mowa w zdaniu poprzednim w terminie Czasu Naprawy Błędu Niskiej Kategorii, a jeśli jest to niemożliwe,w terminie określonym na podstawie uzasadnionego wniosku Wykonawcy. Jeśli Zamawiający uzna, że określony przez Wykonawcę termin przygotowania trwałego Obejścia wskazany we wniosku jest zbyt długi, może zwrócić się o opinię do niezależnego eksperta z dziedziny budowy systemów informatycznych (osoba wpisana na listę biegłych sądowych, Izba Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, ekspert Polskiej Izby Informatykii Telekomunikacji). W przypadku gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy zawartego we wniosku, Wykonawca będzie zobowiązany wykonać trwałe Obejście zgodnie ze stanowiskiem eksperta co do maksymalnego czasu niezbędnego na przygotowanie trwałego Obejścia oraz Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszty wykonania ekspertyzy, które będą potrącone z Wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w §10 ust 2 Umowy. W przypadku gdy istnieje możliwość przygotowania trwałego Obejścia to, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania naprawy Błędu lub Wady w ten sposób. Zamawiający nie zmienił w żaden sposób swojego stanowiska i wymaga, aby Wykonawca usuwał błędy i wady systemu nie mając dostępu do kodów źródłowych systemu (Oprogramowania gotowego), poprzez wprowadzenie tzw. trwałego obejścia – co sprowadza się do stworzenia w miejsce wadliwego elementu systemu – nowego elementu, i połączenia go z systemem. Jest to działanie niemożliwe do zrealizowania mając na uwadze treść postanowień umowy i charakter usług (utrzymanie systemu). Modyfikacje z 25.11.2024 r. prowadzą do tego, że Zamawiający nie tylko nie wykonuje Wyroku KIO 3088/24, lecz wręcz „oddala się" od wyroku i istoty zagadnienia opisanej w uzasadnieniu. W obecnym brzmieniu SWZ Zamawiający wręcz narzuca stosowanie „obejścia", jest to ewidentnie próba przekonania Izby, że możliwa jest realizacja przedmiotu umowy (naprawy błędów w określonym czasie umownym), nie poprzez faktyczną naprawę błędów (poprawki w kodzie), lecz tworzenie nowych elementów systemu, pomimo, że takie rozwiązanie było szeroko omawiane na rozprawie przez KIO (KIO 3088/24) i nie znalazło aprobaty składu orzekającego. Zamawiający Wyrokiem KIO 3088/24 został wprost zobowiązany do „zapewnienia uprawnień" do naprawy błędów tj. przynajmniej odpowiedniej licencji z możliwością modyfikacji kodu źródłowego. Warto też dodać, że Zamawiający modyfikacjami do SWZ wprowadza też do dokumentacji „fikcyjną instytucję biegłego" aby niby dać Wykonawcy możliwość wydłużenia czasu wykonania obejścia. Postanowienia SWZ w tym zakresie w żaden sposób nie będę zastosowane w praktyce. Jest to zabieg wyłącznie formalny, który ma pokazać „rzekomą" dobrą wolę Zamawiającego a ukazuje jedynie, że Zamawiający nie ma zamiaru wykonać zobowiązania nałożonego na niego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stanowisko w zakresie Odwołania II - Comarch

W odpowiedzi na wezwanie KIO z 22.11.2024 r. Przystępujący po stronie Odwołującego II - Comarch podtrzymuje swoje przystąpienie do Odwołania II. Jak wskazano powyżej dokonane przez Zamawiającego modyfikacje nie zmieniają stanu faktycznego w sposób, który czyniłby zarzuty nieaktualnymi. Wskazać należy, że argumentacja Odwołującego II jest spójna z twierdzeniami sformułowanymi przez Asseco Poland S.A. w postępowaniu toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 4270/24).

W dniu 03.12.2024 r. (e-mailem) Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24 oraz Przystępujący w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24 - Asseco Poland S.A. złożyło dodatkowe pismo procesowe. Odnosząc się do twierdzeń wskazanych w odpowiedzi Zamawiającego z 29.11.2024 r. na odwołanie, wskazał co następuje.

Błędna interpretacja prawomocnego Wyroku KIO 3088/24

Na wstępie wskazał, że Zamawiający błędnie wskazuje, że Odwołujący w postępowaniu przed KIO sygn. akt KIO 3088/24 wskazywał na naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, koncentrując całą swoją argumentację na tym, iż posiadane przez Zamawiającego licencje nie uprawniają do ingerencji w kod źródłowy Oprogramowania Gotowego.

Odwołujący oczywiście podnosił, że bez dostępu do kodu źródłowego oprogramowania TIMSI nie ma możliwości wykonania szeregu usług w tym usług utrzymania systemu zgodnie z dokumentacją przetargową, lecz oś sporu była szersza, jednak brak dostępu do kodu źródłowego (wraz z uprawnieniem do jego modyfikacji) faktycznie jest kluczowy – co STWIERDZIŁA KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA w Wyroku KO 3088/24. Wskazany Wyrok nie został zaskarżony przez Zamawiającego i posiada powagę rzeczy osądzonej, a więc polemika z tym Wyrokiem zdaniem Odwołującego jest bezzasadna i nie powinna znaleźć uznania. Co istotne w chwili obecnej Zamawiający w SWZ jako podstawę świadczenia usług utrzymania w odniesieniu do oprogramowania TIMSI wskazał na TE SAME UPRAWNIENIA (licencje) które wskazywał na rozprawie przed KIO (KIO 3088/24). Brak jest pozyskania dodatkowych czy szerszych uprawnień w tym zakresie. Zamiast tego Zamawiający stara się „wymyślić" jakąś zupełnie wirtualną koncepcję „obejść" lub „instytucji biegłych" w przypadku błędów w systemie, co nie może mieć zastosowania w praktyce i nigdy nie miało praktycznego zastosowania w odniesieniu do umów utrzymaniowych na systemy IT. W tym miejscu kategorycznie trzeba zaznaczyć, że zgodnie Wyrokiem Izby KIO 3088/24: „W ocenie Izby z żadnego postanowienie 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 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 2019r. (…) Jakkolwiek dowód ten potwierdza, że Zamawiający dysponuje licencjami do Oprogramowania Gotowego w pewnym zakresie lecz zakres ten nie obejmuje sytuacji ingerencji w kod źródłowy… Wg Zamawiającego, naprawa Błędów lub Wad systemu PROK-SYS jeśli będą spowodowane działaniem Oprogramowania Gotowego, co do zasady może być zrealizowana bez konieczności ingerencji w kod źródłowy 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 Izby Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego z dnia 27 września 2024 roku z której wynika, że najczęstszą przyczyną błędów w działaniu oprogramowania są właśnie błędy w kodzie. Zamawiający nie przestawił zaś w tym zakresie żadnego przeciwdowodu." (Wyrok KIO 3088/24 str. 68) Tak jak wskazano powyżej Wyrok ten nie został zaskarżony i orzeczone w nim kwestie posiadają powagę rzeczy osądzonej. Zgodnie z sentencją Wyroku i uzasadnieniem Wyroku Zamawiający nie zapewnił odpowiednich uprawnień, do których był zobowiązany w celu realizacji przedmiotu zamówienia tj. utrzymania systemu PROK- SYS. Obecnie Zamawiający powołuje się na te same uprawnienia licencyjne, które zostały skutecznie zakwestionowane jako umożliwiające świadczenie usług w odniesieniu do oprogramowania gotowego TIMSI. Pomimo takiego orzeczenia, Zamawiający dalej nie zamierza podporządkować się orzeczeniu i kreuje SWZ niezgodnie z art. 99 oraz 16 PZP. Natomiast zmiany z 05 i 25.11.2024 r. mają wyłącznie charakter pozorny. Zmiany dokonane przez Zamawiającego w SWZ zawierają „sztuczne", niewykonalne koncepcje realizacji przedmiotu zamówienia, które nie tylko nie będą miały zastosowania w praktyce, ale w dalszym ciągu preferują tylko jeden podmiot tj. TIMSI. Aktualna w dalszym ciągu jest opinia biegłego, którą Odwołujący przedkładał na rozprawie przed KIO w sprawie KIO 3088/24, wobec powyższego przesłał ją w załączeniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących (ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o. nieobecny) do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawcy posiadają legitymację procesową w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp uprawniającą do ich złożenia.

W toku rozprawy Zamawiający złożył wniosek o wyłączenie jawności rozprawy, wskazując m.in. na to, że Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) przygotowany przez zamawiającego ma charakter poufny i nie był upubliczniany na stronie internetowej. Wykonawcy otrzymali ten opis po złożenia oświadczenia o poufności. Izba oddaliła wniosek o wyłączenie jawności rozprawy uznając, że nie został on dostatecznie uzasadniony. Nadto, jest niezasadny chociażby z tego powodu, że Zamawiający udostępnił w informacji publicznej nazwę wykonawcy, który jest producentem oprogramowania gotowego (ta nazwa firmy, która realizowała zamówienie została także ujawniona w poprzednim wyroku KIO z 21.10. 2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24.) Ponadto, przedmiotem rozprawy w ocenie Izby jest przesądzenie o zasadzie jaka będzie obowiązywała w tym postępowaniu w odniesieniu do usuwania błędów i awarii utrzymywanego systemu, których usunięcie wymagałoby posiadania licencji uprawniającej do ingerencji i modyfikacji kodów źródłowych oprogramowanie gotowego.

Rozstrzygnięcie zatem sprowadza się nie tyle do szczegółów technicznych oprogramowania gotowego, ale sposobu realizacji części usług utrzymania, których wymaga zamawiający.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp dopuścił dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej w sprawie o sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24 oraz osygn. akt: KIO 4270/24, KIO 4272/24, w tym w szczególność postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ", modyfikacji SWZ, tj. dokumentacji postępowania z 05 i 25.11.2024 r /m.in. Załącznik nr 1 do SWZ (OPZ) oraz Załącznik nr 2 do SWZ (Umowa)/.

Nadto, Izba dopuściła dodatkowo akta sprawy o sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24 wraz ze złożonymi w toku postępowania odwoławczego w tych sprawach dowodami, jak i wyrok KIO z 21.10.2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24 załącznik do stanowiska pisemnego Asseco Poland S.A. z 03.12.2024 r. (replika na odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 4270/24) na okoliczności tam wskazane:

- Opinia Polskiego Towarzystwa Informatycznego z 27.09.2024 r. - Izba potraktowała opinię prywatną jako rozszerzenie argumentacji odwołującego Asseco.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 4270/24, jak i KIO 4272/24 Izba zaliczyła złożony na rozprawą przez Zamawiającego:

- Analiza sposobu zakończenia zgłoszeń dotyczących rozwiązywania błędów i wad (zestawienia tabelaryczne błędów i wad za 2023 r i za I-VII 2024 r.).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby miał na uwadze zakres zaskarżenia w obu odwołaniach, oddzielne odpowiedzi na odwołania o sygn. akt: KIO 4270/24, jak i KIO 4272/24, stanowisko pisemne Asseco Poland S.A. z 29.11.2024 r. (do obu odwołań) oraz z 03.12.2024 r. (replika na odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 4270/24), stanowisko pisemne ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o. (do obu odwołań), jak i stanowisko pisemne Comarch Polska S.A. z 28.11.2024 r. (do obu odwołań), stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących (ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o. - nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie o sygn. akt: KIO 4270/24 oraz odwołanie o sygn. akt: KIO 4272/24 zasługują na uwzględnienie w całości.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24:

Asseco Poland S.A. sformułowało w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 527 ustawy PZP, poprzez (opisany szczegółowo w uzasadnieniu) opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących 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. Pomimo wyroku KIO 3088/24, która nakazała Zamawiającemu: *„wprowadzenie postanowień, z których 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."*. Zamawiający tych praw w żaden sposób nie zapewnił a jedynie wskazał, jaki zakres licencji w odniesieniu do Oprogramowania Gotowego TIMSI posiada.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24:

Comarch Polska S.A. sformułowało w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy PZP – poprzez dokonanie w dniu 05.11.2024 r. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób pomijający okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowi jednocześnie wykonanie czynności niezgodnie z treścią wyroku KIO, która w pkt 2 wyroku z 21.10.2024 r. o sygn. akt: KIO 3188/24 uwzględniła zarzut nr 1 odwołania wniesionego przez Odwołującego (omyłkowo - w treści sentencji wyroku oznaczony jako zarzut nr 2) i nakazała Zamawiającemu dokonanie konkretnych zmian w dokumentacji postępowania.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24, KIO 4272/24:

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 4270/24 oraz KIO 4272/24 Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania o sygn. akt: KIO 4270/24 oraz KIO 4272/24 oraz oddzielnych odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt: KIO 4270/24

oraz KIO 4272/24. Nadto, stanfaktyczny wynikający z treści stanowiska pisemnego Asseco Poland S.A. z 29.11.2024 r. (do obu odwołań) oraz 03.12.2024 r. (replika na odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 4270/24), stanowiska pisemnego ZETO-ŚWIDNICA Sp. z o.o. (do obu odwołań), jak i stanowiska pisemnego Comarch Polska S.A. z 28.11.2024 r. (do obu odwołań).

Po wydaniu wyroku KIO z 21.10.2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24 Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ, tj. dokumentacji postępowania /m.in. Załącznik nr 1 do SWZ (OPZ) /pkt 2.3 (str. 19-20), pkt 3.3.2.1 (str. 79-80), pkt 3.3.2.4 (str. 83), pkt 3.3.3 (str. 86)/ oraz Załącznik nr 2 do SWZ (Umowa) (§ 5 ust. 16)/ z 05.11.2024 r. (do której odnieśli się w swoich odwołaniach obaj Odwołujący: Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A.) i 25.11.2024 r. /pkt 3.3.2.1 (str. 80) (§ 5 ust. 16)/ (do której odnieśli się w swoich stanowiskach pisemnych obaj Odwołujący: Asseco Poland S.A. /29.11.2024 r. i 03.12.2024 r./ oraz Comarch Polska S.A./28.11.2024 r./).

Należy podkreślić, że mimo dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji dokumentacji postępowania z 05 i 25.11.2024 r. (jak pokazała rozprawa z 04.12.2024 r.) spór między Zamawiającym a obaj Odwołującymi (Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A.) nadal istnieje.

Asseco Poland S.A. wskazywało na rozprawie, że Zamawiający oczekuje świadczenia usługi utrzymaniowych w zakresie m. in. elementu, tj. modułu firmy TIMSI nie zapewniając odpowiednich uprawnień licencyjnych. Wyjaśniło, że te uprawnienia, którymi dysponuje Zamawiający nie dają możliwości ingerencji w kod źródłowy. Podkreślił również, że opinia (uznana za rozstrzygającą w poprzednim wyroku KIO z 21.10.2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24), którą przedstawił na poprzedniej rozprawy oraz przed rozpoczęciem aktualnej potwierdza, że nie można świadczyć usługi utrzymaniowej bez dostępu do kodu źródłowego wskazanego wcześniej modułu. Podkreśliło, że ewentualna ingerencja przez naprawy świadczone w ramach istniejącego oprogramowania będzie niewystarczająca do usunięcia wszelkich błędów, które mogą pojawić się w utrzymywanym oprogramowaniu. Zwracało uwagę na możliwość zastosowania w tym zakresie instytucji tzw. obejścia, które sprowadza się de facto do wytworzenia w miejsce istniejącego oprogramowania nowego. Dodatkowo, podkreślało, że moduł (ostatecznie cztery moduły jak wynikało z rozprawy) oparty o oprogramowanie firmy TIMSI waży ok. 10% całego oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia, jeśli więc błędów, w oprogramowaniu było ok. 2 000 (ok 2.500 według danych przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie), to daje w oprogramowanie firmy TIMSI ok. 200 w skali roku. W takim wypadku takie błędy będzie naprawiał producent Oprogramowania Gotowego firma TIMSI, świadczy to o uprzywilejowaniu obecnego wykonawcy. Według informacji, które otrzymał wykonawca od firmy TIMSI (korespondencja e-mail z 25.09.2024 r. i 01.10.2024 r. pomiędzy Asseco Poland a Timsi Sp. z o.o. wraz z załącznikiem /złożona w toku postępowania odwoławczego zakończonego wyrokiem KIO z 21.10.2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24/ nie udziela ona tak szerokiej licencji, z której wynikałoby prawo do ingerencji w kod źródłowy tego producenta.

Comarch Polska S.A. z kolei wskazywał, że Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie stwierdzał, że dotychczasowej realizacji umowy nie było konieczności wykonania obejścia to de facto należy uznać, że wynika z tego, że dotychczasowy wykonawca mając kody źródłowe nie musiał takiego obejścia dokonywać. Stał na stanowisku, że customizacja, parametryzacja i konfiguracja na co pozwala licencja udostępniona przez Zamawiającego jest niewystarczająca do usuwania wszelkich błędów w oprogramowaniu gotowym, które mogą się pojawić podczas realizacji umowy. Podkreśla, że zastosowanie tzw. skryptów naprawczych w przeważającej części wypadków będzie również wymagało dostępu do kodów źródłowych.

Z kolei w ocenie Zamawiającego wskazywał, że większość wad i błędów, które pojawią się w oprogramowaniu można naprawić bez ingerencji w kody źródłowe i na tą okoliczność przedstawił zestawienia tabelaryczne za 2023 r i za I-VII 2024 r. (Analiza sposobu zakończenia zgłoszeń dotyczących rozwiązywania błędów i wad). W pozostałym zakresie, jak stwierdził Zamawiający, wystarczy naprawa poprzez skrypt naprawczy.

Asseco Poland S.A. negowało wartość dowodową złożonego dowodu na rozprawie przez Zamawiającego, gdyż nie dotyczy ten dowód oprogramowania gotowego będącego przedmiotem sporu. Uważało, że nadpisanie w przypadku zastosowania obejścia kodu źródłowego będzie konieczne. Podkreślało, że fakt konieczności zwrócenia się do firmy TIMSI z wnioskiem o wycenę produktu, którego ten wykonawca jest producentem świadczy o tym, że jest on w pozycji uprzywilejowanej. Podkreślało także, że skoro dotychczas nie było konieczności stosowania obejścia to świadczy to o tym tylko i wyłącznie, że producent TIMSI w tym zakresie mógł działać na swoim kodzie źródłowym.

Comarch Polska S.A. stwierdziło, że jest w stanie wycenić usługę utrzymaniową jednakże dokonanie obejścia trwałego nie będzie taką usługą i jego wycena będzie niemożliwa, a przynajmniej nie będzie konkurencyjna. Zwracało uwagę, że system ma być rozwijany więc nie będzie to ten sam system, który dotychczas funkcjonował u Zamawiającego. W konsekwencji dane przedstawione przez Zamawiającego nie są do końca miarodajne. Zwracało uwagę na decydującą rolę producenta modułu TIMSI, który poprzez odpowiednią cenę może de facto wpływać na wartości ofert złożonych w postępowaniu. Wyjaśniało, iż oprogramowanie systemowe ma otwarty cennik, zaś oprogramowanie gotowe nie ma takiego cennika, jest uzależnione od decyzji producenta.

Stwierdziło, że nie może w sytuacji błędu lub wady powoływać się na wyłączenie dot. nieobsługiwania takiej wady jeśli wymaga ingerencji w kod źródłowy, albowiem obejście trwałe dot. oprogramowania gotowego a nadpisanie w ramach obejścia trwałego zawsze będzie polegało na wytworzeniu nowego oprogramowana bez ingerencji w dotychczasowy kod

źródłowy. Będzie za to czasochłonne i kosztowne.

Zamawiający podkreślał, że w wypadku gdyby naprawa błędów i wad wymagała ingerencji w kod źródłowy to taka naprawa nie będzie objęta zakresem umowy zgodnie z modyfikacją z 05.11.24 r. Wyjaśniał, że trwałe obejście miało na celu umożliwienie wykonawcom naprawy ew. błędu lub wady, która nie jest możliwa do naprawienia za pomocą zwykłych rozwiązań, na które wskazywał Zamawiający w swoim stanowisko na rozprawie.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów w odwołaniu o sygn. akt: KIO 4270/24 oraz KIO 4272/24 Izba uznała w/w zarzuty za zasadne, a w konsekwencji uwzględniła oba odwołania.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie wykonał w sposób pełny orzeczenia Izbyz 21.10.2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24, bowiem skupił się wyłącznie na brzmieniu sentencji, a nie uzasadnienia rozstrzygnięcia, nie dokonując wykładni sentencji w świetle wytycznych wskazanych w uzasadnieniu tego wyroku. Zamawiający nie usunął istniejącego pomiędzy stronami sporu, co do tego, że Zamawiający nie posiada licencji upoważniającej go do dokonywania ingerencji w kod źródłowy oprogramowania gotowego, a mimo tego oczekuje, że wykonawca będzie utrzymywał system, którego elementami są aplikacje oparte na oprogramowaniu gotowym. Odwołujący zgodnie oświadczali, że nie da się wykluczyć sytuacji, w której dla obsługi awarii lub błędu (inaczej błędów lub wad) systemu konieczne będzie dokonanie wglądu i zmiana kodu źródłowego oprogramowania gotowego. Nie jest przy tym istotne, czy ilość takich zdarzeń będzie duża, czy mała, czy nawet incydentalna. Izba podziela stanowisko Odwołującego Comarch Polska S.A., że problemz możliwością wykonania zamówienia przy oczekiwanym przez Zamawiającego zakresie przedmiotu zamówienia, a posiadanym przez Zamawiającego wachlarzu licencji, może potencjalnie wystąpić.

Zamawiający uważa, że ten problem usunął modyfikacjami z 05 i 25.11.2024 r., bowiem stwierdził, że zwolnił wykonawców z obowiązku wykonania usługi utrzymania w odniesieniu do awarii lub błędu (inaczej błędów lub wad), którego usunięcie wymagałoby ingerencji w kod źródłowy oprogramowania gotowego.

Izba nie podziela tego przekonania Zamawiającego. Zamawiający wprawdzie wprowadził takie zdanie do projektowanych postanowień umownych oraz OPZ, ale obwarował je wyjątkiem polegającym na konieczności wykonania technicznego obejścia.

Jak wynika ze stanowisk prezentowanych przez Odwołujących, techniczne obejście, to nic innego jak stworzenie oprogramowania obchodzącego usuwane błędy lub wady oprogramowania gotowego lub to oprogramowanie w części, a w skrajnym przypadku nawet w całości, zastępującego.

Zamawiający uzależnił obowiązek wykonania technicznego obejścia od tego, czy jest to możliwe. Przy czym Odwołujący podnosili, że wykonanie technicznego obejścia jest zawsze możliwe, zatem będzie obowiązkiem wykonawcy w przypadku, gdy usunięcie awarii lub błędu (inaczej błędów lub wad) będzie wymagało ingerencji w kod źródłowy. To oznacza, że jeśli wystąpi potrzeba usunięcia awarii lub błędu (inaczej błędu lub wady) wymagającego modyfikacji kodu źródłowego oprogramowania gotowego, to Zamawiający będzie wymagał jej usunięcia przez techniczne obejście, a wykonawca nie będzie mógł się od tego uchylić. To, że Zamawiający dotychczas nie zlecał wykonania technicznego obejścia nie powoduje, że taka sytuacja nie zaistnieje w przyszłości, kiedy usługa utrzymania przejdzie na wykonawcę niebędącego producentem oprogramowania gotowego. Jak słusznie podnosili Odwołujący wykonanie technicznego obejścia nie będzie zatem usuwaniem awarii lub błędu (inaczej błędów lub wad) w ramach usługi utrzymaniowej, ale usługą rozwojową (polegającą na wytworzeniu nowego oprogramowania gotowego w części lub w całości), której pracochłonność i dobór specjalistów jest odmienny od wyceny kosztów utrzymania przy użyciu powoływanych przez Zamawiającego skryptów naprawczych. W ocenie Izby do tych samych wniosków doszła Izba w powołanym na wstępie wyroku, stąd zawarła w uzasadnieniu rozstrzygnięcia wytyczną kierunkową dla Zamawiającego, wskazującą na czym powinno polegać prawidłowe wykonanie orzeczenia Izby. W ocenie Izby w tej sprawie Zamawiający nie dostosował się do tej wytycznej. Oczywistym jest, że dla stron wiążąca jest sentencja orzeczenia, nie mniej jednak uzasadnienie zawiera przedstawienie toku rozumowania Izby, który doprowadził Izbę do wydania orzeczenia o treści ujętej w sentencji. Tym samym analiza uzasadnienia rozstrzygnięcia pozwala ustalić sposób wykładni zwięzłego brzmienia sentencji.

Natomiast zamawiający nie tylko nie uwzględnił wytycznej zawartej w uzasadnieniu, ale bardzo wąsko odczytał treści sentencji orzeczenia wydanego przez Izbę, co doprowadziło go do niewłaściwego wykonania tego orzeczenia.

W ocenie Izby wykonanie orzeczenia jest możliwe do zrealizowania w co najmniej jeden ze wskazanych poniżej sposobów:

1) nabycie przez Zamawiającego dodatkowej licencji dotyczącej oprogramowania gotowego uprawniającego Zamawiającego do wglądu i modyfikacji kodów źródłowych oprogramowania gotowego,

2) pozyskanie przez Zamawiającego gwarancji zaoferowania wykonawcom jednakowej ceny usługi utrzymaniowej

świadczonej przez producenta oprogramowania gotowego, w takim zakresie w jakim Zamawiający nie posiada licencji umożliwiającej ingerencję w kod źródłowy oprogramowania gotowego,
3) wyłączenie z zakresu przedmiotu usługi utrzymania obowiązku jej świadczenia wobec tych błędów i wad, które wymagałyby posiadania przez Zamawiającego licencji zezwalającej na ingerencje w kod źródłowy oprogramowania gotowego,
4) wprowadzenie odrębnego sposobu rozliczenia usługi utrzymania dotyczącej usuwania błędów i wad, wymagających posiadania przez Zamawiającego licencji zezwalającej na ingerencje w kod źródłowy oprogramowania gotowego, np. przez punkty funkcyjne, AFP, Cocomo II, Punktal Modem, Objects Points etc. w sposób umożliwiający wykonawcom jednakowe i równe uwzględnienie ryzyka w cenie oferty;
5) każde inne rozwiązanie które realizowałoby w sposób rzeczywisty, realny i zgodny z wytyczną wyrok z 21.10.2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24.

W ocenie Izby, Zamawiający mimo modyfikacji dokumentacji postępowania z 05i 25.11.2024 nadal nie zapewnił wykonawcom 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. Izba podkreśla, że jest w tym zakresie związana wcześniejszym wyrokiem KIOz 21.10. 2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24. W tym miejscu Izba podkreśla, że ma świadomość, że odwołania zostały wniesione na czynność modyfikacji treści SWZ z dnia 05.11.2024 r., nie mniej jednak z mocy art. 552 ustawy PZP Izba przy wydaniu orzeczenia bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku orzekania przez Izbę. Zamawiający poza zakazem zawarcia umowy w okresie rozpoznawania odwołania nie ma obowiązku zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Może zatem dokonywać dalszych czynności w postępowaniu, w tym dokonać modyfikacji SWZ. W tej sprawie dokonał jej 25.11.2024 r. Dokonana modyfikacja była uszczegółowieniem modyfikacji z 05.11.2024 r. Skoro Izba uznała za niezgodną w wyrokiem Izby modyfikację z 05.11.2024 r., to również musiała usunąć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego modyfikację z 25.11.2024 r., tak aby przywrócić stan postępowania, taki w jakim zamawiający miał prawidłowo wykonać orzeczenie Izby.

Izba w kontekście przedstawionego w ustaleniach sporu i argumentacji z rozprawy przychyliła się do stanowiska obu Odwołujących wskazując zarazem, że jest związana wyrokiem KIO z 21.10.2024 r., sygn. akt: KIO 3088/24, KIO 3188/24. W poprzednim wyroku rozstrzygnięto, że: „(…) 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. (…)".

Jednocześnie Izba uznała, że przedstawiona argumentacja stron z rozprawy potwierdzała, że nadal „(…)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.".

Względem trwałego obejścia, Izba przychyliła się do stanowiska de facto obu Odwołujących, żebędzie to polegało na wytworzeniu nowego oprogramowana. Będzie za to niewątpliwie czasochłonne i kosztowne.

W konsekwencji powyższego, Izba wskazuje na Rekomendacje Prezesa UZP /II-TOM-REKOMENDACJI-PREZESA-UZP-ZAMoWIENIA-PUBLICZNE-NA-SYSTEMY-INFORMATYCZNE.pdfPOSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA SYSTEM INFORMATYCZNY TOM II URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH GRUDZIEŃ 2021 R Zgodnie z nimi, po pierwsze na rekomendację szczegółowa nr 8.5: Zamawiający powinien zweryfikować dostępne na rynku modele dystrybucyjne i licencyjne, które mogą mieć zastosowanie do nabywanych produktów (str. 25). Po drugie, na rekomendację szczegółowa nr 13.8: jeśli Zamawiający oczekuje wydania przez wykonawcę kodów źródłowych do dostarczanych elementów lub całości systemu informatycznego powinien to jasno i wyraźnie wskazać w SWZ, opisując przy tym wymagania w odniesieniu do przekazywanych kodów źródłowych (str. 39). Po trzecie, na rekomendację szczegółowa nr 14.2: Zamawiający powinien dążyć do zabezpieczenia odpowiedniego zakresu uprawnień do korzystania z oprogramowania, w tym jego swobodnego rozwijania oraz możliwości powierzania jego utrzymania po zakończeniu zamówienia podmiotom innym niż wykonawcy z uwzględnieniem realiów rynkowych oraz poszanowaniem zachowania odpowiedniej konkurencji wykonawców (str. 41). Po czwarte, na rekomendację szczegółowa nr 15: Zamawiający powinien przeciwdziałać vendor lock-in i dążyć do minimalizacji ryzyka przywiązania do jednego wykonawcy lub producenta (str. 44). Powyższe wpisuje się w Opinię Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26.09.2024 r., C-578/23 zgodnie z którą w pkt 68 stwierdza się, że: *„(…) Artykuł 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania*

zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, należy interpretować w ten sposób, że: Instytucja zamawiająca nie może swoim zawinionym postępowaniem spowodować stanu wyłączności, którym zamierza uzasadnić skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu (…)". Dodatkowo, Izba przytacza za wskazanym powyżej Rekomendacjami Prezesa UZP (str. 7), że:*„Jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje budowę rozwiązania od podstaw, poprzez wytworzenie nowego oprogramowania, specyficznego dla danego zamawiającego, to w pełni uzasadniona może być rekomendacja, by zamawiający nabył w jak najszerszym zakresie majątkowe prawa autorskie do stworzonego dla niego produktu. Jeżeli natomiast przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie standardowe, które będzie w toku wdrożenia podlegało wyłącznie odpowiedniej konfiguracji, to oczekiwanie przez zamawiającego przeniesienia na niego majątkowych praw autorskich do takiego systemu może być uznane za nieadekwatne i w niezasadny sposób ograniczające konkurencję".*

Na podobnym stanowisku stanęli zgodnie Prezes UZP i Izba nie przyznając Zamawiającemu uprawnień do skorzystania z zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji, gdy niezagwarantowanie odpowiednich praw autorskich majątkowych do oprogramowania IT było wykreowaniem przesłanki istnienia jedynego wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie – patrz uchwała Izby z 19.04.2023 r., sygn. akt: KIO/KD 7/23:*„(…)Nie budzi wątpliwości fakt, iż w sytuacji, w której Zamawiający nie zabezpieczył ani uprawnień ani możliwości technicznych do integracji nabytego przez siebie systemu z systemami innych producentów, pełną funkcjonalność w zakresie interoperacyjności (m.in. aspekt dotyczący współkatalogowania w czasie rzeczywistym) może gwarantować w szczególności tożsamy system tego samego producenta. Nie stanowi to jednakże podstawy do uzasadnienia udzielenia zamówienia z wolnej ręki temu producentowi z uwagi na fakt, iż sytuacja ta jest wynikiem samoograniczenia się Zamawiającego do wyboru konkretnego wykonawcy ze względu na nieprzewidzenie Środków pozwalających na przeprowadzenie w terminie późniejszym postępowania w trybie konkurencyjnym (…)".*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4270/24:

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 4270/24 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i pkt 2, ust. 3 pkt 1 lit. a, b i c) Pzp oraz orzekła jak w sentencji. Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 18 600, 00 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 p 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczeg ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz 2437).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 4272/24:

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 4272/24 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i pkt 2, ust. 3 pkt 1 lit. a, b i c) Pzp oraz orzekła jak w sentencji. Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 18 600, 00 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 p 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczeg ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz 2437).

Izba, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 4270/24, sygn. akt: KIO 4272/24 orzeczenie łączne i orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:……

……

……