

KIO 249/25

Warszawa, 3 marca 2025 r.

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

- 1)Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (KIO **247/25**),
- 2)Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (KIO **248/25**),
- 3)DXC Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO **249/25**),

b) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (KIO **248/25**, KIO **249/25**),

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie załącznika nr 6 do SWZ przez dodanie kolumny o nazwie: „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwa i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu/oprogramowania/narzędzia, tj. podmiotu będącego odbiorcą końcowym użytkującym system/oprogramowanie/narzędzie)”.
3. Kosztami postępowania obciąża Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie rzecz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, łącznie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3, 6, 7, 9 odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

KIO 249/25

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr I.1., I.2., I.4., I.5. odwołania.
 2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr I.3. (dotyczy pkt 7.3.3.1.7 SWZ).
 3. Kosztami postępowania obciąża DXC Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez DXC Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od DXC Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.
- 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:.....

Członkowie:.....

.....

sygn. akt: **KIO 247/25, KIO 248/25, KIO 249/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „*Rozwój i utrzymanie Portalu PUE*”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO 247/25

23 stycznia 2025 roku, wykonawca **Asseco Poland S.A.** (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.zarzut 1: załącznik nr 6 do SWZ – Wykaz Usług - naruszenie art. 128 ust. 5 w związku z art. 112 ust. 1 PZP – poprzez brak wymogu określenia w załączniku nr 6 do SWZ „Wykaz usług” podmiotu, który jest w posiadaniu informacji oraz dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji,

2.zarzut 2: załącznik nr 2 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy (art.10 Bezpieczeństwo Informacji) - naruszenie art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 PZP w zw.

z art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, przez określenie w sposób niesymetryczny obowiązków związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa Informacji chronionych, co

w efekcie świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu oraz narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu – osobno w każdym zarzucie oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed KIO.

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

Zamawiający, pismem procesowym z 11 lutego 2025 roku, złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Comarch Polska S.A., pismem z 12 lutego 2025 roku, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Sprzeciw został wniesiony w zakresie zarzutu nr 1.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, do merytorycznego rozpoznania na rozprawie skierowała zarzut nr

1, natomiast w zakresie zarzutu nr 2, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odwolujący uzasadniając zarzut nr 1 odwołania wskazał, że w załączniku nr 6 do SWZ „Wykaz usług” (dalej „Wykaz”) zamawiający wymaga podania „Odbiorca usługi (nazwa i adres)”. Zamawiający nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem takiego „Odbiorcy usługi” – w szczególności nie jest wskazane, czy należy podać rzeczywistego beneficjenta danej usługi/danego zamówienia, czy też wystarczające jest podanie podmiotu, z którym zawarta jest umowa, nawet w sytuacji, w której taki zamawiający nie jest rzeczywistym (końcowym) odbiorcą przedmiotu zamówienia – co w stanie faktycznym niniejszego zamówienia oznacza, że taki zamawiający nie jest użytkownikiem systemu, w szczególności nie korzysta z systemu, wykonanego w technologii wielowarstwowej, w którym aplikacja (interfejs użytkownika) była dostępna przez przeglądarkę internetową, który został wykonany z wykorzystaniem relacyjnej bazy danych, system posiadał 15.000 użytkowników oraz był wykorzystywany przez pracujących jednocześnie 1.200 użytkowników, itd.

Obecne brzmienie Wykazu jest niewystarczające wobec praktyki, jaka ostatnio upowszechnia się w przedstawianiu wiedzy i doświadczenia w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy w wykazach usług nie podają rzeczywistych beneficjentów, rzeczywistych (końcowych) użytkowników systemów – ale podają podmiot pośredniczący, który nie korzysta ani nie używa systemu referencyjnego. Oczwistym jest, że taki podmiot nie może potwierdzić prawidłowości wykonania danego systemu, ani też nie może potwierdzić jego rzeczywistych cech architektonicznych (wykorzystywanych technologii) czy parametrów eksploatacyjnych (np. liczby użytkowników). Co więcej – w ramach wskazanej praktyki wskazywane są takie projekty referencyjne, które realizowane są przez spółki z grupy kapitałowej danego wykonawcy – a zatem pozyskiwanie jakichkolwiek informacji o projekcie na mocy art. 128 ust. 5 PZP od takiego podmiotu jest obciążone brakiem obiektywności.

Zdaniem odwołującego w Wykazie Usług, należy zawsze wpisać rzeczywistego użytkownika systemu, a nie podmiot pośredniczący, u którego system nie został wdrożony. Należy bowiem mieć na uwadze sytuację, w której wykonawca składający ofertę:

- ma zawartą umowę z Podmiotem 1, na ogół spółką z tej samej grupy kapitałowej – który to Podmiot 1 nie spełnia wymagań SWZ (np. nie ma minimum 15.000 użytkowników systemu, aby spełnić wymagania SWZ),
- wykonuje projekt w rzeczywistości na rzecz Podmiotu 2 – który spełnia wymagania SWZ (ma strukturę, która zapewnia minimum 15.000 użytkowników systemu).

Przez spełnienie wymagań SWZ w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania można wskazać np. w przypadku warunku SWZ określonego w pkt.4.1.2.4 pkt. 1) - wykazanie, że Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał,

co najmniej jedno zamówienie o wartości min. 13 000 000,00 PLN brutto, którego przedmiotem było wykonanie systemu informatycznego (zwanego dalej "Systemem") lub co najmniej dwa zamówienia, których przedmiotem była modyfikacja Systemu o wartości min. 3 900 000,00 PLN brutto każde, przy czym wykonany lub zmodyfikowany System spełnia łącznie następujące wymagania: (...).

W przypadku, gdy w/w Podmiot 1 nie ma np. minimum 15.000 użytkowników – oczywistym jest, że Podmiot 1 nie spełnia wymagań SWZ, zaś usługi świadczone na rzecz Podmiotu 1 nie spełniają wymagań SWZ. Tym samym nie można skutecznie wykazywać spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez umowę zawartą z Podmiotem 1.

Jeśli zaś dany wykonawca twierdzi, że rzeczywistym odbiorcą systemu jest Podmiot 2, który spełnia warunek 15.000 użytkowników – to w wykazie usług od razu powinna być wskazana taka okoliczność i taki rzeczywisty odbiorca systemu powinien być wskazany.

Odwolujący zidentyfikował w praktyce zamówień publicznych wskazywanie jako projekty referencyjne – projekty wykonane w ramach podwykonawstwa, bardzo często w ramach umów zawieranych w tej samej grupie kapitałowej. Oczywiście samo powoływanie się na umowę realizowaną w ramach podwykonawstwa nie jest zakazane i nie jest przedmiotem niniejszego zarzutu. Przedmiotem zarzutu jest celowe i świadome ukrywanie przed zamawiającym rzeczywistego beneficjenta systemu, tj. podmiotu, który z systemu rzeczywiście korzysta. Mamy bowiem do czynienia z sytuacjami, w których jako formalny podmiot, na rzecz którego wykonano usługę, dany wykonawca wskazuje spółkę z grupy kapitałowej. Przy czym taka spółka ani nie jest użytkownikiem systemu, ani nie posiada odpowiedniej liczby użytkowników. A jednocześnie – ukrywany jest przed zamawiającymi rzeczywisty beneficjent, rzeczywisty użytkownik systemu. Tym samym w Wykazie jedynie formalnie wykazane jest spełnianie warunków udziału. A to dlatego, że podawane informacje są całkowicie nieweryfikowalne, a wręcz nieprzydatne do stwierdzenia, czy spełniony jest warunek udziału.

Podkreślić należy, że ustawa PZP nakazuje badanie relacji zamawiający (podmiot zlecający) – wykonawca (podmiot realizujący), jako relacji rzeczywistej i opisującej realną wiedzę i kompetencje nabyte przez dany podmiot. Właśnie w celu ustalenia tej realnej wiedzy i kompetencji nabytych przez dany podmiot konieczne jest ustalenie, czy w ogóle istnieje

użytkownik rzeczywisty, który tak użytkuje system referencyjny – że spełnione są warunki udziału (we wskazanym przykładzie: 15.000 użytkowników). W sytuacji, gdy Podmiot 1 nie mający 15.000 użytkowników nie może być wskazany jako gwarant dla wystarczającego potwierdzenia, że dany wykonawca zdobył realną wiedzę i kompetencje. Podanie takich informacji umożliwia zamawiającemu skorzystanie z normy art. 128 ust. 5 PZP. Z kolei – brak takich informacji uniemożliwia rzeczywistą weryfikację spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, że analogiczna sytuacja była już przedmiotem badania KIO w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 442/24, utrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy – Sąd Zamówień Publicznych, sygn. akt XXIII Zs 59/24 - wskazała, że domaganie się przez zamawiającego podania w wykazie usług faktycznych danych o podmiocie użytkującym system jest zarówno dozwolone jak i zasadne. Z jednej strony mieści się bowiem w zakresie danych wskazanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, z drugiej zaś strony – tylko takie pełne i rzeczywiste dane pozwolą na wykazanie spełniania warunków udziału. Sąd Okręgowy uznał w ustnych motywach rozstrzygnięcia, że brak takich danych powoduje wręcz brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze kroki podjęte przez zamawiającego w postępowaniu prowadzonym na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”, polegające na modyfikacji Wykazu Usług umożliwiającej identyfikację rzeczywistego użytkownika systemu, wprowadzenie analogicznej modyfikacji w niniejszym postępowaniu jest zasadne.

Odwołujący złożył dodatkowe pismo (z 11 lutego 2025 roku), w którym przedstawił dodatkową argumentację w sprawie.

Comarch Polska S.A., złożył dodatkowe pismo procesowe w sprawie (z 5 lutego 2025 roku) oraz za pismem z 12 lutego 2025 roku, wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

- Dowód nr 10 Ostateczny wzór Wykazu usług w postępowaniu prowadzonym przez ARiMR na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSiK, IACS plus, GIS, SiZ, PZSiP plus, PA, eWniosek plus, eWoP oraz IRZplu opublikowany w dniu 11.01.2024 r. – na okoliczność jego treści oraz faktu, iż ARiMR ostatecznie wycofał się z wprowadzonej zgodnie z żądaniami Asseco zmiany wzoru Wykazu usług – kontr dowód wobec wprowadzającego w błąd twierdzenia Asseco, iż cyt. Asseco wskazuje, że w 2 przypadkach Zamawiający, tj. Zakład Ubezpieczeń Społecznych i Agencja Rozwoju i Modernizacji Rolnictwa dokonały odpowiednich zmian SWZ, uznając za słuszne żądania zmiany SWZ., które to twierdzenie przemilcza, iż ARiMR wycofał się z wprowadzonych zmian SWZ (od czego Asseco nie wniosło sprzeciwu – na którą to okoliczność Comarch powołał w piśmie procesowym z 5.02.2025 r. dowód nr 4 tj. oświadczenie Asseco o niewnoszeniu sprzeciwu w sprawie KIO 3774/23),

- Dowód nr 11a Ministerstwo Sprawiedliwości Informacja z otwarcia ofert – na fakt złożenia przez Asseco oferty w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości oraz Dowód nr 11b Ministerstwo Sprawiedliwości Wykaz usług – na fakt jego treści oraz na fakt, iż nie zawiera spornych zapisów jak w żądaniu odwołania Asseco w niniejszej sprawie (lub analogicznych co do meritum zapisów),

- Dowód nr 12a-12e Ministerstwo Sprawiedliwości Dokumentacja zamówienia (zrzut ekranu z opublikowanych dokumentów zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości sporządzony w dniu 11.02.2025 r.) – na fakt niewniesienia przez Asseco odwołania na treść Wykazu usług w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości,

- Dowód nr 12f Ministerstwo Sprawiedliwości Wyjaśnienia i zmiany treści SWZ

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości – na fakt braku wniosków Asseco o zmianę/wyjaśnienie treści Wykazu usług,

- Dowód nr 13 Wybór oferty Comarch przez Centrum Informatyki Resortu Finansów (dalej jako: CIRF) na fakt dokonania przez CIRF badania i oceny oferty Comarch oraz na fakt wyboru przez CIRF oferty Comarch w oparciu o wykaz usług (dołączony do pisma Asseco z 11.02.2025 r.) złożony zgodnie ze wzorem w prowadzonym przez CIRF postępowaniu, którego treść nie została zmieniona wbrew żądaniu Asseco, zgodnie z wyrokiem KIO 2105/24,

- Dowód nr 14a-14e Wyjaśnienia Comarch Polska S.A. złożone w postępowaniu prowadzonym przez CIRF wraz z załącznikami – na fakt, iż: Comarch nie ukrywa żadnych informacji istotnych z punktu widzenia badania i oceny oferty Comarch, brak żądanych przez Asseco zapisów nie uniemożliwia badania i oceny oferty Comarch (ani żadnej innej oferty), dokumenty referencji złożone w postępowaniu prowadzonym przez CIRF zostały podpisane przez osoby

upoważnione do reprezentacji w/w spółek (co znajduje potwierdzenie

w załączonych odpisach z właściwych rejestrów przedsiębiorców krajów prowadzenia działalności przez daną spółkę) oraz na fakt, iż zarówno Pan (...), jak i Pan (...) są członkami zarządów odpowiednio Comarch S.A.S. i Comarch Luxembourg S.à.r.l. oraz mieli faktyczną wiedzę odnośnie zakresu przedmiotowych umów,

- Dowód nr 15a-15j – dowody na fakt treści zapytań kierowanych przez Asseco do kontrahentów Comarch oraz na fakt reakcji kontrahenta (Arquiva Group Limited) na zapytania kierowane przez Asseco,

- Dowód nr 16 wyciąg z odpowiedzi ZUS na odwołanie Asseco w sprawie KIO 104/24 –na fakt, że ZUS w poprzednio prowadzonym postępowaniu (przetarg na utrzymanie KSI ZUS ogłoszony w 2019 r.) dodatkowo wyjaśniał kwestie związane z końcowym Odbiorcą, to jest realnym użytkownikiem systemu utrzymywanego przez Comarch, a Comarch szczegółowo wyjaśnił okoliczności świadczenia usług, odpowiadając na wszystkie pytania zamawiającego (w tym o użytkownika/odbiorcę końcowego systemu).

Comarch wnosi o pominięcie dowodów Asseco:

Załącznik nr 1 - Wykaz usług CIRF SZPROT,

Załącznik nr 2 - Referencje wystawione przez Comarch Luxembourg S.à.r.l.,

Załącznik nr 3 - Referencje wystawione przez COMARCH S.A.S (z siedzibą we Francji),

gdyż są to dowody nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, a z w/w dowodów nie wynika forsowana przez Asseco teza, iż Comarch stosuje stałe praktyki w zakresie wykazywania warunków udziału,

Załącznik nr 4 - Decyzja nr 10/2021 z 28 września 2021 r. – Prezesa Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa o odmowie udostępnienia Comarch informacji publicznej w zakresie podwykonawcy,

Załącznik nr 5 - Decyzja nr 6/2022 z 16 lutego 2022 r. – Prezesa Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa o odmowie udostępnienia Comarch informacji publicznej w zakresie sposobu realizacji modyfikacji,

Załącznik nr 6 - Decyzja z 1 sierpnia 2022 roku- Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego o odmowie udostępnienia informacji publicznej w zakresie listy personelu ze strony wykonawcy umowy nr 61/2014 z 8.05.2014,

Załącznik nr 7 - Decyzja z 1 sierpnia 2022 roku – Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego o odmowie udostępnienia informacji publicznej w zakresie umowy konsorcjum zawartej między wykonawcami umowy nr 77/2018 z 21.05.2018 oraz listy personelu ze strony wykonawcy umowy nr 77/2018 z 21.05.2018,

Załącznik nr 8 - Pismo Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z 8 sierpnia 2022 roku, stanowiącego odpowiedź na wniosek Comarch, zawierającego szczegółowe informacje o zakresie umowy nr 61/2014 z 8.05.2014,

Załącznik nr 9 - Pismo Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z 8 sierpnia 2022 roku, stanowiącego odpowiedź na wniosek Comarch, zawierającego szczegółowe informacje o zakresie umowy 77/2018 z 21.05.2018,

gdyż są to dowody nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, przy czym Comarch podniósł, iż w przeciwieństwie do Asseco dotyczą tylko podmiotów publicznych.

Jednocześnie Comarch wskazał, że nie ma wątpliwości, iż spór w zakresie wprowadzania dodatkowych zapisów w Wykazie usług na rynku zamówień publicznych generowany jest wyłącznie przez Asseco i wyłącznie na potrzeby wzmocnienia własnych biznesowych interesów. Wbrew twierdzeniom z pisma z 11.02.2025 r. Asseco nie robi tego konsekwentnie, czego przykładem jest postępowanie prowadzone przez Ministerstwo Sprawiedliwości, gdzie Asseco ani nie wniosło zarzutu na treść wykazu usług, ani nie wniosło wniosku o zmianę czy wyjaśnienie treści wykazu usług (co potwierdzają dowody nr 11a i 11b oraz 12a-12e oraz 12f). Żaden inny wykonawca w odwołaniach do Krajowej Izby Odwoławczej nie wskazuje, aby wykazy usług (nie tylko w postępowaniach dot. usług informatycznych) musiały być rozbudowywane zgodnie z żądaniami analogicznymi do żądań Asseco, gdyż w braku spornych zapisów są niezgodne z PZP.

Comarch opisał pełen stan faktyczny, gdyż Asseco ponownie (tę samą taktykę procesową stosowało w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową) ukrywa niekorzystny wynik własnych prób wprowadzenia zapisów w dokumentacji postępowania analogicznych do zapisów ujętych w żądaniach, co więcej Asseco zwyczajnie przemilcza niewygodne dla siebie fakty. Asseco wskazuje (pkt 4 pisma z 11.02.2025 r.), że w 2 przypadkach zamawiający, tj. Zakład Ubezpieczeń Społecznych i Agencja Rozwoju i Modernizacji Rolnictwa dokonały odpowiednich zmian SWZ, uznając za słuszne żądania zmiany SWZ, a ma pełną świadomość, iż ARiMR ostatecznie wycofał się z wprowadzonej zgodnie z żądaniami Asseco zmiany wzoru Wykazu usług, na który to fakt Comarch załącza dowód nr 10 tj. kontr dowód wobec wprowadzającego w błąd twierdzenia Asseco – ostateczny wzór Wykazu usług, a od czynności uwzględnienia odwołania Comarch (której skutkiem było rzeczony wycofanie się z wprowadzonej zgodnie z żądaniami Asseco zmiany wzoru Wykazu usług) Asseco nie wniosło sprzeciwu – na który to fakt Comarch powołał w piśmie procesowym z 5.02.2025 r. dowód nr 4 tj. oświadczenie Asseco o niewnoszeniu sprzeciwu w sprawie KIO 3774/23).

W/w taktyka procesowa nie jest jednak skuteczna, jeśli zostanie skonfrontowana z twardymi dowodami – w efekcie

wiarygodność Asseco co do twierdzeń odwołania jest właściwie żadna. „Stan faktyczny” opisany w odwołaniu to wyłącznie pomówienia, insynuacje, półprawdy – Asseco nie potrafi udowodnić i nie udowadnia własnych twierdzeń podnoszonych w odwołaniu.

Celem Asseco nie jest zapewnienie transparentności prowadzonego postępowania i wypełnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Asseco traktuje instrumentalnie zamawiających, jak i Krajową Izbę Odwoławczą, jak również Sąd Zamówień Publicznych, gdyż spór ten jest elementem działań ukierunkowanych na nieudolną próbę wyeliminowania na stałe dużego i często jedyne konkurenta Asseco w postępowaniach dotyczących kluczowych z punktu widzenia Państwa systemów informatycznych, którego zgodny z prawem model biznesowy z powodzeniem funkcjonuje na rynku zamówień publicznych od kilkadziesiąt lat. Asseco (ani żaden inny wykonawca lub zamawiający) nigdy nie udowodniło, że referencje, którymi posługuje się Comarch, ze względu na przyjęty model biznesowy są niezgodne z PZP. Podkreślić należy, iż Comarch nie działa w próżni prawnej oraz Comarch nie stosuje tu żadnej „praktyki”, w szczególności praktyki ukrywania odbiorcy końcowego.

Wbrew twierdzeniom Asseco z wykazu nie wynika, iż Comarch nie posiada żadnej wiedzy i doświadczenia i w całości polega na wiedzy i doświadczeniu spółki – matki Comarch S.A. – Comarch Polska S.A. zgodnie z PZP polega na zasobach podmiotu trzeciego a to Comarch S.A. w celu wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z wykazu nie wynika, iż nie posiada żadnej wiedzy i doświadczenia i temu twierdzeniu zaprzeczam. Dalej Asseco twierdzi, iż Comarch S.A. powołał się na projekty wykonane na rzecz innych spółek zależnych, tj. spółki Comarch S.A.S. z siedzibą we Francji oraz spółki Comarch Luxembourg S.à.r.l. z siedzibą w Luksemburgu. Comarch wskazuje, iż sam fakt, że są to spółki zależne, jest bez znaczenia na gruncie PZP (PZP nie zawiera odrębnych przepisów regulujących w/w sytuację). I dalej Asseco wskazuje: Wykaz nie wskazuje rzeczywistego beneficjenta usług, tj. odbiorcy i użytkownika systemu informatycznego (co zdaje się być powieleniem zarzutu na treść SWZ oddalonego przez Izbę w sprawie KIO 2105/24). I dalej: Oba projekty referencyjne dotyczą tego samego systemu informatycznego – tj. Comarch BSS; Wykaz nie wskazuje rzeczywistej wartości żadnego z projektów, a jedynie przepisuje w tym zakresie wymaganie SWZ – które to okoliczności w żaden sposób nie dotyczą istoty sprawy.

Comarch stanowczo zaprzecza twierdzeniu Asseco, jakoby Comarch – jako wykonawca składający ofertę – tak sformułował Wykaz usług, aby nie wynikały z niego żadne rzeczywiste informacje. Wykaz usług wskazuje jedynie na to, że w ramach Grupy Kapitałowej Comarch zawierane są różne umowy między spółkami powiązanymi, jednakże wykaz ten nie wykazuje żadnego rzeczywistego doświadczenia. Twierdzenie Asseco stanowi pomówienie i jest niezgodne ze stanem faktycznym.

Asseco pomija, iż póki co jest odosobnione w swoim nieudowodnionym stanowisku, gdyż zgodnie z Dowodem nr 13 nastąpił wybór oferty Comarch przez Centrum Informatyki Resortu Finansów po dokonaniu przez CIRF badania i oceny oferty Comarch w oparciu o wykaz usług (dołączony do pisma Asseco z 11.02.2025 r.) złożony zgodnie ze wzorem w prowadzonym przez CIRF postępowaniu, którego treść nie została zmieniona wbrew żądaniu Asseco, zgodnie z wyrokiem KIO 2105/24. Dla porządku informuję, iż Asseco 7.02.2025 r. wniosło odwołanie na ten wybór, a zasadniczą część pisma procesowego Asseco dot. CIRF stanowi kopię tegoż odwołania (które pozostaje poza istotą sprawy i będzie przedmiotem orzekania Izby w ramach odrębnego postępowania odwoławczego, co uzasadnia oddalenie wniosków dowodowych 1-3 pisma procesowego Asseco z 11.02.2025 r.).

W toku w/w postępowania prowadzonego przez CIRF, o czym Asseco nie wspomina, Comarch wyjaśniał już, niczego nie ukrywając, iż dokumenty referencji złożone w postępowaniu prowadzonym przez CIRF zostały podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji w/w spółek (co znajduje potwierdzenie w załączonych odpisach z właściwych rejestrów przedsiębiorców krajów prowadzenia działalności przez daną spółkę) a zarówno Pan (...), jak i Pan (...) są członkami zarządów odpowiednio Comarch S.A.S. i Comarch Luxembourg S.à.r.l. oraz mieli faktyczną wiedzę odnośnie zakresu przedmiotowych umów (zgodnie z dowodami nr 14a-14e).

Comarch zaprzeczył, iż dokonanie żądanej zmiany SWZ jest *de facto* w interesie zamawiającego. W interesie zamawiającego nie są czynności sprzeczne z PZP. Nie jest to zresztą okoliczność pozwalająca uwzględnić odwołanie, gdyż warunkiem uwzględnienia odwołania przez Izbę jest niezgodność SWZ z PZP lub zaniechanie wprowadzenia do SWZ elementu obligatoryjnego SWZ. Zamawiający ma działać w oparciu o przepisy prawa. Bez uwzględnionej zmiany SWZ zamawiający także będzie w stanie wykonać obowiązek z art. 128 ust. 5 PZP (co czynił wielokrotnie) i twierdzeniom przeciwnym Asseco zaprzeczam.

Comarch podniósł, iż sporne zapisy SWZ staną się z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, poszukiwaną przez Asseco podstawą do indagowania kontrahentów spółek z GK konkurenta oraz narzędziem potencjalnie generującym ewentualne działania niekonkurencyjne. Umożliwienie

poprzez SWZ na rynku komercyjnym tego rodzaju zachowań, tj. odpytywania czy prowadzenia postępowania wyjaśniającego jednych przedsiębiorców – konkurentów wobec drugih, z udziałem ich kontrahentów – wykracza w ocenie Comarch poza normy uczciwego konkutowania, zwłaszcza biorąc pod uwagę możliwość wywołania negatywnego odbioru wykonawcy przez jego kontrahenta w wyniku takich zapytań. Podkreślenia wymaga, iż przepisy PZP ograniczają zamawiającego w zwracaniu się bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego wykonywano usługi (odbiorcy usługi). Zamawiający ma takie prawo jedynie, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenia lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego (a nie wątpliwości konkurujących ze sobą wykonawców). Z kolei wykonawcy/konkurenci w postępowaniu – już takiego ograniczenia nie mają. Co za tym idzie, niezależnie od tego, czy wykonawcy posiadają wątpliwości, czy też nie – będą zwracać się bezpośrednio do danego podmiotu, domagając się od danej osoby potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób nie zauważyć, że takie prawdopodobne działanie nie będzie służyło rozwianiu istniejących wątpliwości, lecz przeciwnie – będzie służyć poszukiwaniu takich wątpliwości, czego nie sposób uznać za realizację dyspozycji art. 128 ust. 5 PZP art. § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w zw. z art. 16 PZP.

Prawdopodobieństwo, że taki scenariusz może nastąpić, wynika z własnych doświadczeń Comarch w konkutowaniu z Asseco o udzielenie zamówień publicznych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (utrzymanie i rozwój KSI ZUS czy PUE ZUS). Wówczas Asseco kierowało z własnej inicjatywy „na chybił trafił” akcję, mającą na celu weryfikację opisów usług zawartych w ofercie Comarch, polegającą na wysyłaniu pism do Klientów GK Comarch z pytaniami dotyczącymi podanych projektów. Asseco zamieszczało w przedmiotowych pismach następujące stwierdzenie: „This proceeding is conducted as part of the so called Anti corruption Shield, hence your information of the above information is critical for the correctness of the proceedings and allocation of orders in public tenders.” co można przetłumaczyć jako: „Postępowanie to prowadzone jest w ramach tzw. Tarczy Antykorupcyjnej, stąd podanie przez Państwa powyższych informacji ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości prowadzonych postępowań i przydzielania zamówień w przetargach publicznych”.

Należy przy tym podkreślić, że kontekst w jakim zostało użyte cytowane sformułowanie – w szczególności u odbiorcy pisma z zagranicy, zupełnie niezorientowanego w realiach polskich zamówień publicznych, mógł wywoływać przekonanie, że nie tyle postępowanie przetargowe objęte jest Tarczą Antykorupcyjną, lecz podjęta przez Asseco procedura weryfikacyjna wynika z regulacji antykorupcyjnych i Asseco występuje w roli „publicznego audytora”. Tego typu pisma siłą rzeczy budziły po stronie Klientów Comarch zdziwienie i rozumiwały dyskomfort, bowiem dotyczyły poufnych parametrów związanych z realizacją umów komercyjnych. Dla podmiotów zagranicznych nie było również jasne, czy pytanie jest zadawane przez podmiot upoważniony do zadawania tego typu pytań w świetle regulacji prawnych (co sugeruje sposób redakcji pisma). Na podstawie treści tych pism niezorientowany odbiorca zagraniczny mógł odnieść wrażenie, że Asseco prowadzi postępowanie wyjaśniające w związku z podejrzeniami o korupcję w przetargu. Powstawał też problem dotyczący ujawniania przez Comarch – w ramach procedury przetargowej – szczegółów projektów, objętych umowami/klauzulami poufności.

Skoro wówczas brak było w SWZ obowiązku podawania danych dotyczących osób do kontaktu u klientów, a mimo to Asseco indagowało klientów Comarch w opisany wyżej sposób, to przy uwzględnieniu żądania Asseco sama SWZ będzie uzasadniać takie indagowanie, bowiem dane dotyczące osób od klientów są wprost wymagane w SWZ.

W toku jakichkolwiek innych postępowań odwoławczych z udziałem Comarch, gdzie Asseco podnosiło wątpliwości co do używanych przez Comarch w wykazach referencji podwykonawczych – Asseco nigdy nie wygrało żadnego odwołania ani skargi w tym zakresie. Referencje takie i stojące za nimi doświadczenie były przedmiotem dogłębnych analiz i badań przez zamawiającego, Izbę i Sąd i nigdy nie potwierdzono zasadności wątpliwości Asseco co do zakresu referencji podwykonawczych. Jak wskazywały orzeczenia wydawane w tych sprawach – odwołujący Asseco nie wskazał nigdy żadnej podstawy faktycznej powołanego zarzutu. Wątpliwości co do referencji podwykonawczych powoływane przez Asseco nigdy

w praktyce realnie nie zachodziły i w istocie ich jedynym źródłem były same odwołania Asseco. Odwołujący Asseco najpierw stawiał zarzut np. niewiarygodności referencji, a następnie poszukiwał dowodów, zgłaszając np. wnioski z przesłuchań świadków członków organów podmiotów, czy też samodzielnie starając się właśnie „w ciemno” indagować domniemywanych przez klientów końcowych usług. Z drugiej strony przedstawiane przez Comarch w toku postępowań wyjaśnienia i dowody, będące pokłosiem inicjowanych przez Asseco spekulacji, zawsze potwierdzały realność doświadczeń przedstawianych w ofertach. Półprawdą jest twierdzenie Asseco, iż właśnie takie sprawdzenie informacji doprowadziło

w efekcie do wykluczenia Comarch z postępowania ze względu na podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością. Ten element stanu faktycznego jednak Comarch skrzętnie pomija. Comarch może domniemywać, iż Asseco referuje do wyroku wydanego w sprawie KIO 416/22, przy czym znowu teza Asseco nie koresponduje z faktami: Comarch był wykluczony ze względu na podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością w stosunku do osoby wskazanej w

wykazie osób, jak również ze względu na fakt nieprzedstawienia oryginału referencji na żądanie zamawiającego (co wynikało z zagubienia tego oryginału), ale nie był nigdy wykluczony ze względu na podanie informacji niezgodnych z faktami nie w stosunku do używanych w wykazach usług referencji podwykonawczych.

Powyższe dowodzi, że również obecnie żądana przez Asseco treść Specyfikacji może być wykorzystana do zwracania się przez Asseco bezpośrednio do danego podmiotu („rzeczywistego użytkownika”?) i to pomimo braku istnienia wątpliwości - celem ich poszukiwania.

Kolejną konsekwencją uwzględnienia zarzutu Asseco jest ewentualność – w wyniku kierowania zapytań przez konkurenta bezpośrednio do takiego podmiotu - poważnych ryzyk biznesowych, mogących zaburzać konkurencję. Comarch doświadczył powyższego na kanwie kierowania takich pism przez Asseco na „chybił trafił” do kontrahenta jego spółki z GK Comarch, tj. firmy Arquiva Group Limited (pismo Asseco do Arquiva Group Limited z 15.10.2021 r.). (...).

Z powyższego, realnego przykładu (Dowody nr 15a-15i) jasno wynika, iż niektórzy klienci mogą nie życzyć sobie indagowania bezpośredniego przez inne firmy działające na rynku i mogą odmówić takiej zgody. Zatem w niektórych przypadkach złożenie oferty może być niemożliwe pomimo legitymowania się odpowiednimi referencjami/doświadczeniem, w celu uniknięcia sytuacji pogorszenia relacji biznesowych z kontrahentem.

Dla porządku zaprzeczam wielokrotnie forsowanemu twierdzeniu, iż podmiotami, na rzecz których usługi zostały wykonane nie są spółki zależne Comarch S.A., lecz podmioty zewnętrzne, zupełnie niezwiązane z Comarch, jak i jego innymi spółkami z Grupy Kapitałowej Comarch. Zaprzeczam także twierdzeniu, iż brak danych uniemożliwia zamawiającemu bezpośrednie zwrócenie się do podmiotu trzeciego, w trybie art. 128 ust. 5 PZP, gdy przykładowo dowód złożony przez wykonawcę, w postaci referencji będzie budził wątpliwości zamawiającego, zaprzeczam także, iż Comarch chce jednak kontynuować dotychczasową fikcję, gdyż Comarch wypełnia wykazy usług zgodnie ze stanem faktycznym i prawnym.

Finalnie – w ocenie Comarch jednozdaniowe uwzględnienie odwołania przez ZUS (bez przedstawienia własnego stanowiska) jest motywowane m.in. chęcią uniknięcia konsekwencji procesowych w zakresie kosztów procesu w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. (...).

Dodatkowe pismo procesowe w sprawie (z 20 lutego 2025 roku) wniósł odwołujący Asseco, w którym w całości nie zgodził się ze stanowiskiem Comarch, jednocześnie wnosząc o oddalenie wniosków dowodowych powołanych przez Comarch za pismem z 12 lutego 2025 roku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko odwołującego oraz zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie

z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając stanowiska stron i uczestnika (przystępującego wnoszącego sprzeciw) stoi na stanowisku, że żądanie, jakie w treści swojego odwołania podniósł odwołujący zgodne jest z przepisem § 9 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.).

Zdaniem Izby z brzmienia powyższego przepisu wynika, że zamawiający może żądać informacji dotyczących „podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”.

A zatem wskazane przez odwołującego żądanie, że należy podać dane podmiotu, który jest użytkownikiem danego systemu całkowicie mieści się w zakresie danych określonych rozporządzeniem.

Zadaniem Izby dodanie rzeczowej kolumny w wykazie usług, nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem zamawiający, na etapie badania spełniania warunków podmiotowych może wyjaśniać z wykonawcą jego zdolność podmiotową w zakresie posiadanego doświadczenia, to tym bardziej na etapie składania wykazu usług posiadanie takich informacji przez zamawiającego jest jak najbardziej możliwe

i usankcjonowane przepisami prawa i ma też wpływ na ekonomikę i szybkość postępowania.

Skoro bowiem Comarch w swoim stanowisku pisemnym nie kwestionuje zasadności pozyskiwania takich informacji przez zamawiającego, to zastanawiające jest, dlaczego broni stanowiska, żeby takich informacji nie przekazywać zamawiającemu na wcześniejszym etapie postępowania.

Izba nie stwierdziła, że dodanie wskazanej wyżej dodatkowej kolumny wraz z zakresem informacji w niej wskazanych narusza prawa wnoszącego sprzeciw wykonawcy Comarch. Posiadanie bowiem przez zamawiającego określonych informacji pozwoli zamawiającego na prawidłową ocenę zdolności podmiotu w zakresie posiadanego doświadczenia. Stanowisko wnoszącego sprzeciw wykonawcy Comarch jest tym bardziej zastanawiające, gdyż wykonawca ten obecnie świadczy usługę na rzecz zamawiającego, czyli można domniemywać, że posiada stosowne do obecnie wymaganego zakresu doświadczenie.

Izba w całości identyfikuje się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie, wyrażonym w wyroku podtrzymującym orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 25 czerwca 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 59/24), w którym Sąd wskazał, że: „zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych jak i rozporządzenia wykonawcze do tejże ustawy nie zawierają regulacji, która uniemożliwiałaby Zamawiającemu zawierania w Specyfikacji Warunków Zamówienia żądania szczegółowych danych w zakresie umożliwiającym weryfikację zdolności zawodowych wykonawców w zakresie podania na rzecz jakiego podmiotu świadczyli usługi referencyjne (nie chodzi tu o podmiot zlecający im jako podwykonawcy usługę, a odbiorcę końcowego – podmiot, który z tych usług korzysta w swojej działalności). Takie uprawnienie Zamawiającego należy ocenić jako przejaw dbałości o wydatkowanie środków publicznych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie tychże danych sprzyja sprawniejszemu prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie niejednokrotnie Zamawiający operują środkami, które muszą zostać wydatkowane w określonym czasie pod rygorem ich utraty. Brak jest logicznego wyjaśnienia powodu braku możliwości przedstawienia odbiorcy usługi w razie jej świadczenia. To może przysługiwać się również samemu wykonawcy – już na tym etapie może dokonać autooceny – czy spełnia wymogi zamawiającego wzięcia udziału w zamówieniu”.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wszystkie dowody powoływane przez strony postępowania, uznając, iż nie dotyczą one istoty sporu, a odnoszą się jedynie do zdarzeń historycznych bądź dotyczących innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, a także dotyczą wzajemnych relacji pomiędzy wykonawcami na tle pozyskiwanych zleceń.

KIO 248/25

23 stycznia 2025 roku, wykonawca **Comarch Polska S.A.** (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyniku wymiany pism przed otwarciem rozprawy, Izba ustaliła, co zgodnie potwierdziły strony postępowania oraz uczestnicy (przystępujący), że do merytorycznego rozpoznania na rozprawę zostają skierowane zarzuty nr: 2, 4, 5, 8, 10.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sformułowanie przez zamawiającego postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uregulowania zapisów SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym co do możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty przez wykonawców gwarantujących prawidłowe wykonanie zamówienia ze względu na posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Gdyby nie naruszające przepisy zaskarżone elementy SWZ, odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie. Interes odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielać w całości stanowisko zamawiającego oraz przystępującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie

z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Zarzut nr 2 – dotyczący naruszenia art. 99 ust.1 i ust. 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 7 pkt 32 w zw. z art. 433 ust. 4 PZP, przez ustalenie współczynnika rocznego wynagrodzenia za Usługi utrzymania Systemu na poziomie 9,6%,

a w efekcie pozbawienie wykonawcy ekwiwalentnego wynagrodzenia za Usługi realizowanej umowy na utrzymanie i rozwój PUE ZUS ten współczynnik wynosi 11,11%;

Odwołujący wskazał, że zamawiający w załączniku nr 5 do wzoru Umowy określił zasady ustalania wysokości miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy za świadczenie Usług Utrzymania. W ust. 2 tego załącznika zamawiający wskazał, że wartość wynagrodzenia rocznego jest iloczynem rozliczeniowej złożoności systemu PUE wyrażonej w CFP oraz współczynnika rocznego wynagrodzenia. Z kolei w ust. 5 zamawiający ustalił, że współczynnik rocznego wynagrodzenia za Usługi utrzymania Systemu wynosi 9,6%. Według odwołującego określony współczynnik roczny na poziomie 9,6% nie odzwierciedla rzeczywistej złożoności prac utrzymaniowych systemu PUE. W poprzednim postępowaniu (TZ/271/89/19/) zamawiający w dniu ogłoszenia określił go na poziomie 7,2%, a ostatecznie pomiędzy innymi złożonych odwołaniach podwyższył do poziomu 9,6% (tyle ile wskazane zostało w obecnym postępowaniu). W ramach bieżącej umowy współczynnik ten stanowi obecnie 11,11% co wynika z poszerzonego zakresu Utrzymania systemu PUE względem stanu na dzień zawarcia bieżącej Umowy (zmiana z 9,6% do 11,11%).

Odwołujący przedstawił swoje stanowisko w zakresie zakresu prac dotychczas wykonywanych oraz tych wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem odwołującego ustalenie współczynnika rocznej wartości utrzymania Systemu na poziomie 12% odpowiada realnym kosztom świadczenia tego typu usług po zmianach

w bieżącym postępowaniu i zapewni ich właściwą realizację, dlatego też odwołujący wniósł

o nakazanie zamawiającemu zmiany dokumentacji zamówienia, tj. zmiany współczynnika rocznej wartości utrzymania Systemu, określonego w załączniku nr 5 do wzoru Umowy ust. 5, do poziomu 12,00% rocznie.

Zamawiający wskazał, że zakres prac objętych obecnym postępowaniem jest znacznie mniejszy niż ten określony w Umowie z 17.10.2022 r nr 1085541, na którą powołuje się odwołujący. W swojej argumentacji odwołujący świadomie bagatelizuje ten fakt i pomija go,

skupiając się na statystyce powoływanych metryk – bez analizowania ich zakresu. Obecnie realizowana Umowa nr 1085541 swoim zakresem obejmuje świadczenie usług utrzymania

i rozwoju dla dwóch, w praktyce niezależnych od siebie systemów tj. strony internetowej www.zus.pl oraz Portalu PUE. Strona internetowa www.zus.pl obejmuje funkcjonalności internetowego serwisu informacyjnego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wraz z system zarządzania treścią, na której publikowane są wszelkie treści o charakterze ogólnodostępnym. Portal PUE przeznaczony jest do udostępniania usług świadczonych klientom przez Zakład kanałem internetowym po wcześniejszej autoryzacji. Usługi te są udostępniane w trybie 24/7. Portal PUE zawiera usługi spersonalizowane informacyjne dostępne po uwierzytelnieniu użytkownika oraz transakcyjne, również dostępne po uwierzytelnieniu użytkownika oraz wymagające dodatkowej autoryzacji.

W obecnym postępowaniu ZUS zawęził zakres pierwotnych prac określonych Umową nr 1085541 do jednego ze wskazanych wyżej dwóch systemów tj. Portalu PUE. Realizując politykę dywersyfikacji dostawców i dzielenia zamówień na mniejsze części w celu rozszerzenia grona potencjalnych wykonawców, ZUS wydzielił usługi utrzymania i rozwoju strony internetowej www.zus.pl do odrębnego postępowania. Złożoność strony internetowej www.zus.pl nie jest wyrażona w Punktach Funkcyjnych. Do ustalenia współczynnika rocznego wynagrodzenia przyjęto liczbę Punktów Funkcyjnych Modyfikacji, którą była realizowana funkcjonalność www.zus.pl. Wykonawca realizuje obowiązującą Umowę (nr 1085541, TZ/271/89/19, zawartą 17.10.2022 r.) i od 13.01.2023 r. rozpoczął świadczenie usług stanowiących przedmiot Umowy. Na dzień zawarcia Umowy został przyjęty współczynnik rocznego wynagrodzenia na poziomie 9,6%. W trakcie realizacji Umowy został zmieniony współczynnik rocznego wynagrodzenia z 9,6% do 11,11% z terminem obowiązywania od 01.10.2024 r. (zgodnie z Aneks nr 2 do Umowy), ze względu na rozszerzenie systemu Portal PUE o dwa nowe moduły tj.: system audytowy KAD oraz elementy nowego systemu eZUS, który docelowo ma zastąpić obecne rozwiązanie Portal PUE. Następnie, w ramach systemu Portal PUE wycofano z użytkowania dwa moduły tj.: APeZL/

oraz SSOBP (art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. f). APeZLA Automatyczny Pulpit Lekarza – moduł do alternatywnego wystawiania zwolnień lekarskich, SSOBP (Single Sign-On Bank PUE) – moduł integracji systemów bankowych z Portalem PUE służący klientom do logowania do Portalu PUE z wykorzystaniem uwierzytelnienia bankowości internetowej,

Wszystkie te zmiany, a w szczególności ograniczenie zakresu prac planowanego do realizacji w nowej dotyczącej serwisu informacyjnego www.zus.pl, jasno wskazują,

że przedmiot nowej umowy jest w swoim zakresie mniejszy od określonego w Umowie nr 1085541. Zamawiający uwzględnił to zmniejszenie zakresu przedmiotu umowy w poziomie współczynnika rocznego wynagrodzenia i stąd jego obniżenie ze zgodnego z obowiązującą umową 11,11% do 9,6%.

Zdaniem zamawiającego, zupełnie chybione są argumenty dotyczące wyższych kar umownych w PPU przy niezmienionej wysokości kwestionowanego współczynnika. Odwołujący pomija fakt, że skumulowana inflacja od czasu ogłoszenia SWZ w poprzednim postępowaniu przekroczyła 30%. Poza tym na wynagrodzenie z tytułu Usług utrzymania wpływ ma nie tylko omawiany współczynnik, ale również cena 1 CFP, która w obecnie obowiązującej umowie podlegała dwukrotnej waloryzacji, i można się spodziewać, że w obecnie trwającym postępowaniu w ofertach wykonawcy wskażą cenę 1 CFP z uwzględnieniem wzrostu cen usług. Tym samym nieuprawnione są wszelkie twierdzenia o zwiększeniu obowiązków umownych oraz kar umownych przy zachowaniu niezmienionego wynagrodzenia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko odwołującego jest niezasadne.

Odwołujący w swojej argumentacji odwołuje się do poprzedniego postępowania, całkowicie pomijając okoliczności związane z faktem, iż przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone w zakresie przedmiotowym znacznie ograniczonym względem poprzedniego postępowania,

o czym odwołujący doskonale wie, gdyż aktualnie świadczy rzeczoną usługę na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym za całkowicie zasadną należy podzielić argumentację zamawiającego, który w sposób szczegółowy i dokładny wyjaśnił, na czym polega różnica

w świadczeniu usługi, jaki jest jej obecny zakres, co w pełni uzasadnia ustalenie współczynnika na poziomie 9,6%.

Ponadto Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał na jakiej podstawie i w związku z jakimi okolicznościami miałyby być zasadne żądanie zwiększenia wartości współczynnika do 12,00%. W szczególności odwołujący nie podał, jakie istotne czynniki kosztotwórcze mogą mieć wpływ na zwiększony zakres pracochłonności prac, przy jednoczesnym zmniejszeniu ich zakresu.

Zarzut nr 4 – dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c., przez niejednoznaczne i niespójne z pozostałymi postanowieniami dokumentacji postępowania postanowienia załącznika nr 4 do projektowanej umowy (załącznik nr 2 do SWZ) w opisie wymagań przejściowych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w załączniku nr 4 Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy, w ramach II. PROCEDURY DLA REALIZACJI UMOWY ust. 14 WZORY DOKUMENTÓW zawarł m.in. w dokumencie Uzgodnienie projektowe, w którym poszczególne sekcje są opatrzone komentarzami opisującymi ich zawartość. W punkcie 5.3. Wymagania przejściowe znajduje się charakterystyka wymagań przejściowych (str. 54).

Zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego Metodyka ZUS nie kwalifikuje wymagań przejściowych jako wymagań rozwiązania, a więc jako wymagań stanowiących o kształcie funkcjonalnym systemu i jego ograniczeniach. Wymagania przejściowe mają charakter koniecznych dopasowań systemu do jego nowej wersji, opisanej wymaganiami rozwiązania. Wymaganiami rozwiązania wg Metodyki ZUS są:

- wymagania funkcjonalne, opisujące funkcjonalność, którą ma oferować system widziany od strony użytkownika, jak ma reagować na określone dane wejściowe oraz jak ma się zachowywać w określonych sytuacjach,
- wymagania niefunkcjonalne, opisujące ograniczenia nakładane na funkcjonalność oraz specyfikować jakość, którą rozwiązanie musi spełniać; wymagania niefunkcjonalne muszą zostać przypisane do jednej z następujących kategorii: Niezawodność, Użyteczność, Wydajność, Łatwość konserwacji, Przenośność.

Odwołujący zwrócił uwagę na wymagania niefunkcjonalne o kategorii Użyteczność, która zdefiniowana jest jako „nakład pracy niezbędny do swobodnego posługiwania się oprogramowaniem oraz indywidualną oceną posługiwania się oprogramowaniem przez określoną grupę użytkowników”. To właśnie w ramach tej kategorii mieszczą się pojęcia takie jak ergonomia czy estetyka interfejsu użytkownika.

Interfejs użytkownika pełni kluczową rolę z punktu widzenia użyteczności systemu. Sposób prezentacji funkcji i danych systemu użytkownikowi decyduje zarówno o odpowiednim rozumieniu tych informacji przez użytkownika, o odpowiedniej interpretacji tego, co system mu pokazuje, ale też o elementarnej wygodzie posługiwania się systemem. Przykładowo, zmiana nazwy pola „Winien” na „Ma”, spowodowana zmianą perspektywy czytania danych, w istotny sposób wpływa na interpretację tego, co widać; również taki skutek pokazuje zmiana nazwy liczby pokazywanej przez system z „Liczba ludności gminy” na „Liczba ludności powiatu”. Również poza sporem jako wymagania dotyczące rozwiązania pozostają cechy systemu innego rodzaju, jak wielkość czcionki, która wpływa na czytelność systemu dla

osób niedowidzących, czy kolory będące oznaczeniami kategoryzującymi, które mogą być kompletnie nieczytelne dla daltonistów. Wszelkie wymagania odnoszące się do interfejsu użytkownika są więc wymaganiami rozwiązania, a nie wymaganiami przejściowymi. Stąd opis wymagań przejściowych zamieszczony we wskazanym miejscu załącznika nr 4 jest błędny i niespójny z pozostałymi dokumentami SWZ.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień załącznika nr 4 do projektowanej umowy (załącznik nr 2 do SWZ) w opisie wymagań przejściowych przez usunięcie z niego następującej części: „Warto też zauważyć, że podobny charakter mają wszelkie zmiany w częściach statycznych interfejsu użytkownika (zmiany etykiet pola, zmiany kolorów, odstępów pomiędzy kontrolkami, zmiany układu itd.) oraz w szablonów dokumentów (zmiany nagłówków, przedstawianie sekcji, zmiany czcionek, kolorów itd.) pod warunkiem, że zmiany te nie są sprzeczne bądź nie stanowią zmiany standardów regulujących wygląd / sposób projektowania interfejsu użytkownika / szablonów”.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z przyjętymi w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych zasadami prace rozwojowe dotyczące dedykowanego oprogramowania wytwarzanego dla ZUS, wyceniane są w oparciu o liczbę Punktów Funkcyjnych wyznaczonych dla nowego i modyfikowanego oprogramowania. Za podstawę dla wyznaczania liczby Punktów Funkcyjnych przyjęto metodę COSMIC w wersji 3.0.1, wraz z dedykowanymi dla ZUS rozszerzeniami. Metodyka ta stosowana jest od wielu lat, nie tylko w umowach na rozwój i utrzymanie Portalu PUE, ale i w Umowach Ramowych na rozwój Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KS ZUS).

Zamawiający wyjaśnił, iż opis wymagań przejściowych zawarty w zał. nr 4 jest poprawny i spójny więc uznaje za niezasadne żądanie odwołującego dotyczące usunięcia jego części. Opis ten funkcjonuje w różnych umowach rozwojowych zawieranych przez Zakład z różnymi wykonawcami, którzy z powodzeniem realizują zarówno poprawne przygotowanie Uzgodnienia Projektowego (wraz z wyceną CFP) jak również same prace wdrożeniowe.

Kwestionowane przez odwołującego zapisy we wzorze dokumentu Uzgodnienie Projektowe są swoistymi rekomendacjami dla osób przygotowujących te dokumenty - są to tylko przykłady jak definiować wymagania przejściowe. Opis zamieszczony w UP nie jest sprzeczny z definicją wymagań przejściowych opisanych w dokumencie „Metodyka ZUS Zarządzanie wymaganiami”. Metodyka ZUS na poziomie generycznym określa zakres tych wymagań. Odwołujący natomiast powołuje się na jeden przykład wskazany w Metodyce ZUS i na tej podstawie rozszerzająco uznaje, że tylko taki konkretnie zakres wymagań jest właściwy.

Zgodnie z Metodyką ZUS w ramach wymagań rozwiązania wyróżniamy:

- wymagania funkcjonalne,
- wymagania nefunkcjonalne,
- wymagania przejściowe.

Wymagania przejściowe nie są więc jakąś alternatywą wobec wymagań rozwiązania, tylko ich podtypem. Jeśli wymagania odnoszące się do interfejsu użytkownika, nie są związane z realizowaną funkcjonalnością wynikającą z wymagań funkcjonalnych, a dotyczą właśnie części statycznych, takich jak np. zmiana koloru formatki ekranowej, to wtedy są wymaganiami przejściowymi. W przeciwnym wypadku powinny być specyfikowane w przeznaczonych do tego elementach modelu Analitycznego Opisu Modyfikacji (za pomocą projektów interfejsu użytkownika) w ramach realizacji wymagań funkcjonalnych.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko odwołującego jest niezasadne.

Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że kwestionowane przez odwołującego zapisy we wzorze dokumentu Uzgodnienie Projektowe są swoistymi rekomendacjami dla osób przygotowujących te dokumenty, są to tylko przykłady jak definiować wymagania przejściowe. Jak słusznie wskazał zamawiający, wpis zamieszczony w Uzgodnieniach Projektowych nie jest sprzeczny z definicją wymagań przejściowych opisanych w dokumencie „Metodyka ZUS Zarządzanie wymaganiami”. Metodyka ZUS na poziomie generycznym określa zakres tych wymagań. Odwołujący natomiast powołuje się na jeden przykład wskazany w Metodyce ZUS i na tej podstawie rozszerzająco uznaje, że tylko taki konkretnie zakres wymagań jest właściwy.

Za zamawiającym przyjąć należy, iż w tym przypadku spór między odwołującym a ZUS dotyczy podanego we wzorze dokumentu UP przykładzie. Spór nie dotyczy treści samej Metodyki ZUS i zawartego w niej podziału wymagań. Odwołujący nie kwestionuje zapisów Metodyki. Przedmiotem sporu jest opis przykładu wymagań przejściowych. Odwołujący domaga się usunięcia tego przykładu. Przykład ten nie jest sprzeczny z metodyką ZUS. Odwołujący natomiast powołuje się również na przykład wymagania przejściowego wskazany w Metodyce ZUS i na tej podstawie rozszerzająco uznaje, że tylko taki konkretnie zakres wymagań jest właściwy, co jest nieprawdą. Dopiero na etapie

definiowania prawdziwych (konkretnych) wymagań w danym projekcie następuje analiza i podział na rodzaj wymagań, trudno więc w ramach przykładów definiować pełen ich zakres.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał związku przyczynowo-skutkowego, który uniemożliwiłby odwołującemu złożenie poprawnej formalnie i merytorycznie oferty, a co za tym idzie odwołujący nie wykazał wad dokumentacji merytorycznie istotnych, mających wpływ na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 5 – naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 i 17 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 433 pkt 3 PZP, przez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności i obowiązków wynikających ze zmian wprowadzanych do utrzymywanego przez wykonawcę Portalu PUE przez podmioty trzecie oraz zaniechanie opisanie w ramach dokumentacji zamówienia dodatkowych, odrębnie odpłatnych zadań dla wykonawcy umowy na rozwój i utrzymanie Portalu PUE, dotyczących konsultowania, opiniowania, testowania i wdrażania zmian wprowadzanych do utrzymywanego przez tego wykonawcę Portalu PUE przez podmioty trzecie.

Odwołujący wskazał, że dokumentacja postępowania nie zawiera treści ograniczających zamawiającego w zleceniu zmian Portalu PUE, będącego przedmiotem rozwoju i utrzymania w ramach podpisanej finalnie umowy, innym podmiotom niż ten, którego oferta w omawianym postępowaniu okaże się najlepsza i który stosowną umowę z zamawiającym zawrze. Innymi słowy - podmiot wyłoniony w ramach niniejszego postępowania, którego zadaniem będzie świadczenie usług rozwoju i utrzymania Portalu PUE nie będzie miał wyłączności na dokonywanie modyfikacji w utrzymywanym systemie. Ten stan rzeczy potwierdza również wykaz źródeł zmian Portalu PUE, zamieszczony w SWZ p. 2.1.3.

Dokumentacja niniejszego postępowania, w tym propozycja treści umowy wraz załącznikami, nie przewiduje żadnej możliwości uczestniczenia podmiotu aktualnie świadczącego usługi rozwoju i utrzymania w procesie modyfikacji Portalu PUE przez inny podmiot (podmiot trzeci). W szczególności podmiot świadczący usługi utrzymania nie jest uczestnikiem opiniowania czy testów zmian wnoszonych przez podmiot trzeci, ale Zamawiający nie przewidział również formalnej procedury informowania o planach ingerencji w Portal PUE przez podmiot trzeci. W efekcie na Wykonawcę faktycznie przechodzi odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający jako jedyna strona kontraktów zawieranych *ad hoc*. Trzeba przy tym pamiętać, że podmiot świadczący usługi utrzymania jest jednocześnie adresatem wszelkich zgłoszeń serwisowych, w tym zgłoszeń błędów w działaniu systemu, niezależnie od tego, czy dotyczą one części Portalu zmodyfikowanej przez utrzymującego, czy nie. Odwołujący otrzymał wiele zgłoszeń serwisowych spowodowanych *de facto* przez podmiot trzeci w wyniku wprowadzenia zmian w ramach umów na modyfikację Portalu PUE. Choć zgłoszenia te w zakresie naprawy błędów były ostatecznie przekazywane do podmiotu trzeciego, to analiza zgłoszenia zawsze odbywała się kosztem wymiernej, niekiedy istotnej pracochłonności.

Konsekwencją tego stanu rzeczy jest to, że podmiot utrzymujący Portal PUE formalnie odpowiada za błędy w oprogramowaniu i stabilnym działaniu systemu, których do systemu nie wniósł, nie ma też żadnego wpływu na zakres i charakter zmian oraz tryb ich wprowadzania przez podmiot trzeci. Prowadzi to do sytuacji, w której nagle, bez wcześniejszego informowania, konsultacji czy testowania podmiot utrzymujący jest stawiany przed faktem brania odpowiedzialności za system o całkiem innym zakresie funkcjonalnym, informacyjnym, a także w większym stopniu obciążony błędami niż ten, którego dotyczyła umowa, i który utrzymujący kształtował wprowadzając do niego własne modyfikacje. Takie ryzyko jest niemożliwe do skalkulowania w ofercie i należy je znacząco zmiękczyć.

Wykonawca umowy na rozwój i utrzymanie Portalu PUE powinien być na bieżąco informowany o modyfikacjach zlecanych przez zamawiającego podmiotom trzecim, powinien móc zaopiniować zarówno przedmiot jak i zakres modyfikacji oraz terminy ich wdrażania, powinien móc wziąć udział w testach odbioru takich modyfikacji, a także w procesie ich wdrażania. Zadania te mogą być uwzględnione np. w postaci dodatkowej roli w ramach umowy na rozwój i utrzymanie Portalu PUE albo w postaci odrębnej metryki. Zadania te powinny być uwzględnione w cyklu wytwórczym modyfikacji. Odwołujący podkreśla, iż analogiczne mechanizmy z powodzeniem funkcjonują w innych systemach, chociażby w ARiMR czy KSI ZUS, gdzie ustanowiono rolę integratora zmian wprowadzanych do systemu, którego obszar działania koresponduje z zakresem wyżej wskazanym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uwzględnienia w dokumentacji postępowania jednoznacznego obowiązku informowania wykonawcy o zmianach wprowadzanych do utrzymywanego przez tego wykonawcę Portalu PUE przez podmioty trzecie oraz uwzględnienia dodatkowych zadań dla wykonawcy umowy na rozwój i utrzymanie Portalu PUE, dotyczących konsultowania, opiniowania, testowania i wdrażania zmian wprowadzanych do utrzymywanego przez tego wykonawcę Portalu PUE przez podmioty trzecie. Zadania te, stanowiące zakres odrębnej roli albo metryki, uwzględnione w cyklu wytwórczym modyfikacji, powinny być osobno wycenione i płatne.

Zamawiający wskazał, że odwołujący jako obecny wykonawca umowy na rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS oraz Umowy Ramowej na rozwój Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, zawsze otrzymywał

nie tylko informacje o planowanych zmianach (realizowanych w ramach wskazanych umów z innymi wykonawcami, poza Pzp), ale również prośbę o potwierdzenie gotowości do wykonywania takich prac. Zakres wszystkich umów, na które powołuje się w uzasadnieniu żądania odwołujący, wprost wynikają z konieczności realizacji przez ZUS nowych zadań nałożonych stosowanymi przepisami prawa. Zarówno zakres tych prac, jak i termin ich implementacji w systemach IT nie zależał od ZUS, tylko wprost wynikał z uchwalonych przez Sejm RP przepisów. W przypadku konieczności realizacji takich prac ZUS zawsze dokonywał swego rozeznania rynku, zwracając się do potencjalnych wykonawców, którzy zdaniem ZUS mieli potencjał i wiedzę do ich realizacji z zapytaniem o możliwość ich realizacji – byli to Asseco Poland S.A. oraz odwołujący. Informacje te były przekazywane zwykle jeszcze na etapie prac legislacyjnych, przed uchwaleniem ustaw, czyli na najwcześniejszym możliwym etapie realizacji prac przygotowawczych. Ponadto w celu wyjaśnienia zakresu tych prac Zakład prowadził wstępne konsultacje, na których specjaliści z ZUS wyjaśniali zakres oczekiwanych zmian w systemach IT. Odwołujący często korzystał z tych konsultacji. Ostatecznie, odwołujący nigdy nie złożył oferty wykonania dla żadnej ze wskazanych przez siebie w uzasadnieniu umów. Zwrotnie Zakład otrzymywał odpowiedzi, że realizacja prac nie będzie możliwa w terminach wskazanych w przygotowywanej ustawie.

Wszystkie podmioty realizujące prace związane z modyfikacją Portalu PUE mają obecnie zagwarantowany równy udział w dostępie do informacji o wzajemnie prowadzonych projektach rozwojowych. ZUS stosuje we wszystkich umowach takie same postanowienia; zarówno w Umowie z 17.10.2022 r nr 1085541 podpisanej z Comarch, jak i umowach z Asseco wskazanych przez odwołującego w uzasadnieniu. Wzajemny udział firm w procesie modyfikowania Portalu PUE jest szczegółowo opisany w Standardach IT ZUS, o czym szerzej w art. 7 ust 6 PPU. Adekwatne zapisy znajdują się we wszystkich umowach. I tak, odnosząc się do przykładu kodów źródłowych wskazanego przez odwołującego na stronie 13 odwołania zamawiający wyjaśnił, że w ZUS utrzymywane jest wspólne repozytorium kodów źródłowych dla wszystkich modyfikacji, a wszyscy wykonawcy są zobowiązani do nadążnego publikowania w nich postępów swoich prac. Każdy z wykonawców ma stały dostęp do tych materiałów. Podobna sytuacja ma się z dokumentacją projektową – ZUS utrzymuje wspólne repozytorium, w którym publikuje dostarczane przez wszystkich wykonawców dokumenty.

Niezależnie od tego zamawiający uznał za zasadne usankcjonowanie tej praktyki w Umowie i dokonał Modyfikacji nr 8.

Chybiona jest również argumentacja odnosząca się do żądania dodania nowej dodatkowo płatnej metryki, która dotyczyłaby obsługi zgłoszeń dotyczących elementów PUE wytworzonych i utrzymywanych przez innych wykonawców. Wadliwość tej argumentacji wynika z dwóch głównych powodów:

- po pierwsze, odwołujący pomija fakt, że zarówno w obecnie realizowanej przez odwołującego Umowie z 17.10.2022 r nr 1085541 jak i wzorze umowy załączonym do niniejszego postępowania widnieją postanowienia mówiące o tym, że każde oprogramowanie, w tym również wytworzone przez wykonawcę trzeciego, zwiększa rozliczeniową złożoność systemu, co przekłada się na wzrost wynagrodzenia dla firmy realizującej usługi utrzymania systemu. Zasada ta jest szczegółowo opisana w załączniku nr 5 „Zasady ustalania wynagrodzenia z tytułu Usług utrzymania” do wzoru Umowy.

- po drugie, diagnoza i przekazanie zgłoszeń serwisowych do innego wykonawcy odpowiedzialnego za dany element systemu nie jest niczym nowym, ani niespotykanym w umowach z zakresu utrzymania systemów IT. Jest to standardowe działanie przewidziane w metrykach serwisowych SYS_USM_ODI oraz SYS_USM_JB opisanych w załączniku 9 do PPU i odbywa się w sposób wskazany na str. 14-1 odwołania. Świadczenie usługi serwisu/gwarancji dla wytwarzanego oprogramowania, w pierwszym okresie po wdrożeniu rozwiązania zawsze spoczywa na jego wykonawcy. We wskazanych w uzasadnieniu odwołania przykładowych umowach znajdują się właśnie takie zapisy co wprost oznacza, że podmiot realizujący umowę na rozwój i utrzymanie Portalu PUE jest zwolniony z tego obowiązku w newralgicznym okresie zaraz po wdrożeniu oprogramowania, w którym to mogą występować największe problemy. Wskazane w uzasadnieniu odwołania przykładowe zgłoszenia serwisowe tylko potwierdzają ten fakt – we wszystkich z nich widnieją adnotacja, że nie były rozwiązywane przez Comarch, tylko przekazane do podmiotu odpowiedzialnego za świadczenie usługi serwisu oprogramowania dla tej części systemu.

Poza tym system PUE, podobnie jak KSI jest stosem technologicznym, który obejmuje oprócz dedykowanego oprogramowania aplikacyjnego również oprogramowania bazodanowe, narzędziowe oraz elementy infrastruktury techniczno-systemowej, które są poza zakresem obowiązków serwisowych wykonawcy. W art. 2 ust. 1 pkt 3 PPU wskazano oprogramowanie standardowe wchodzące w skład systemu, jednak nie wszystkie wymienione programy są objęte utrzymaniem wykonawcy. W art. 12 ust. 3 PPU postanowiono, że Usługi utrzymania, nie obejmują Oprogramowania standardowego: Postgres Plus Advanced Server, Webmethods, Kontrolka KIR Szafir SDK. Oznacza to, że jeżeli zamawiający wyśle do wykonawcy zgłoszenie serwisowe, a wykonawca w toku diagnozy ustali, że jest to

zgłoszenie dotyczące wadliwego działania oprogramowania, za które nie odpowiada (np. Postgress), wtedy odsyła zamawiającemu diagnozę, w której stwierdza, że zgłoszenie należy przesłać innemu podmiotowi. W takiej sytuacji wykonawca po dokonaniu diagnozy nie ma obowiązku rozwiązania problemu i naprawy oprogramowania – obowiązek ten obciąża innego wykonawcę, który serwisuje to oprogramowanie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko odwołującego jest bezzasadne.

Odwołujący w swojej argumentacji *de facto* próbuje przypisać sobie rolę integratora rozwiązań wypracowanych przez inne podmioty, którym zamawiający ewentualnie będzie zlecał wykonywanie stosownych modyfikacji. Trzeba jednak zwrócić uwagę na fakt,

że wszelkiego rodzaju modyfikacje zlecane innym podmiotom będą podlegały ochronie gwarancyjnej i serwisowej wykonywanej przez te właśnie podmioty, a wykonawca główny,

z którym zamawiający będzie miał podpisaną umowę podstawową, ewentualne błędy czy wady będzie zgłaszał zamawiającemu, który będzie odpowiednio reagował. Wszystkie podmioty realizujące prace związane z modyfikacją Portalu PUE mają obecnie zagwarantowany równy udział w dostępie do informacji o wzajemnie prowadzonych projektach rozwojowych. Zamawiający stosuje we wszystkich umowach takie same postanowienia.

Za zamawiającym podnieść należy, że żądanie odwołującego nie polega na domaganiu się wynagrodzenia za czynności, które są przewidziane w dokumentacji postępowania i PPU, lecz na dodaniu nowych zadań, w sposób zbliżający się do funkcji integratora w umowie na utrzymanie KSI ZUS. Żądanie to wkracza w dyskrecyjne uprawnienie zamawiającego do określenia sposobu organizacji usług utrzymania systemów w Zakładzie. Przede wszystkim należy zauważyć, że utrzymanie i rozwój systemu KSI ZUS są realizowane na podstawie odrębnych umów: umowy utrzymaniowej i umów wykonawczych zleczanych na podstawie umów ramowych. Integrator, utrzymujący system KSI, ocenia modyfikacje systemu, które wszystkie są realizowane na podstawie odrębnych umów. W wypadku PUE realizacja modyfikacji na podstawie umów tzw. umów specjalnych ma charakter dość wyjątkowy (odwołujący wskazuje 4 modyfikacje), a zdecydowana większość modyfikacji systemu jest wykonywana w ramach umowy na utrzymanie i rozwój PUE. Każde oprogramowanie, w tym również wytworzone przez wykonawcę trzeciego, zwiększa rozliczeniową złożoność systemu, co przekłada się na wzrost wynagrodzenia dla firmy realizującej usługi utrzymania systemu. Zasada ta jest szczegółowo opisana w załączniku nr 5 do PPU „Zasady ustalania wynagrodzenia z tytułu Usług utrzymania”. Comarch korzysta z tej zasady w obecnej umowie. Z każdym przejęciem do utrzymania elementów PUE wytworzonym przez podmioty trzecie rośnie złożoność systemu, a co za tym idzie wynagrodzenie wykonawcy (vide: tabela w Uwagach wstępnych). Warto też podkreślić, że modyfikacje wykonywane przez podmioty trzecie są w początkowej fazie utrzymywane przez ich wytwórcę. Jak wiadomo wszelkie niedoskonałości oprogramowania ujawniają się i są usuwane na ogół w początkowym okresie jego działania. Wykonawca umowy PUE, który przejmuje na utrzymanie modyfikacje wytworzone przez podmiot trzeci zwykle przejmuje oprogramowanie, którego wady zostały już usunięte przez jego wytwórcę. Powoływanie się na stosowaną w umowach na utrzymanie KSI rolę Integratora jest tu chybione również z tego względu, że w tamtejszych umowach opłata za realizację usług utrzymania systemu nie jest powiązana z jego złożonością. Konstrukcja umowy na wsparcie utrzymania KSI nie przewiduje bezpośredniego przełożenia wzrostu złożoności systemu na opłatę za wsparcie jego utrzymania, w przeciwieństwie do mechanizmu zastosowanego w umowie na rozwój i utrzymanie Portalu PUE. W tym kontekście powoływanie się na rolę integratora jako rzekomy standard w Zakładzie lub wręcz standard rynkowy jest nadużyciem. Z tego też względu zamawiający wnosi też o oddalenie dowodów powołanych w pkt 16 pisma z 20 lutego 2025 r. jako nieprzydatnych do rozstrzygnięcia sprawy i zmierzających jedynie do przewlekłości postępowania.

Zdaniem Izby, próba przypisania odwołującemu roli Integratora rozwiązań wypracowanych przez inne podmioty nie jest uzasadniona merytorycznie zakresem i sposobem prac wykonywanych na tym kontrakcie.

Zarzut nr 8 – naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 i 17 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 433 pkt 4 PZP, przez zaniechanie wprowadzenia do PPU mechanizmu gwarantującego wykonawcy uzyskanie wynagrodzenia za Uzgodnienie Projektowe, które nie zostaną pokryte w kwocie zlecenia na Modyfikację w wyniku sytuacji opisanych szczegółowo w uzasadnieniu zarzutu, który to brak powoduje pozbawienie wykonawcy ekwiwalentnego wynagrodzenia za Uzgodnienie Projektowe.

Odwołujący wskazał, że w toku realizacji umowy, w odpowiedzi na złożone przez zamawiającego Zapotrzebowanie, zgodnie z załącznikiem nr 4 do Umowy Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy Wykonawca jest zobowiązany przedstawić do akceptacji Zamawiającego Uzgodnienie Projektowe – wzór takiego uzgodnienia z ekstremalnie szczegółowym opisem zawartości, jakie ma przygotować Wykonawca, Zamawiający opublikował na str. 47-57 rzeczowego załącznika.

Wykonawca każdorazowo, budując Uzgodnienie Projektowe, przeprowadza szeroką analizę systemową. Analiza systemowa na rynku usług jest typem usługi odpłatnej, polegającej *de facto* na formalnym badaniu mającym na celu podjęcie decyzji w sytuacjach niepewnych (niedookreślonych), często takich, w których zamawiający nie potrafi lub nie

chce z góry określić, jaki ma być ostateczny rezultat wykonanych prac.

Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy, aby taką czynność wymagającą szeregu nakładów osobowych, systemowych i pochodnych realizował on na swój koszt i wyłączne ryzyko – a tak jest w obecnej dokumentacji zamówienia.

Przedstawienie wyniku prac przez wykonawcę, nawet w postaci roboczego Uzgodnienia Projektowego, daje zamawiającemu szereg atrybutów do podejmowania jego decyzji biznesowych. Czasami może się to wręcz wiązać z brakiem opłacalności przeprowadzenia Modyfikacji lub Usługi Dodatkowej, jednak stwierdzenie przez zamawiającego takiego stanu jest podejmowane na podstawie analizy wykonawcy (dokument Uzgodnienia Projektowego).

Nie jest więc dopuszczalne w świetle wiodących założeń Prawa Zamówień Publicznych w zakresie ekwiwalentności świadczeń, że praca wykonawcy, która pozwala na podjęcie decyzji w oparciu o zagregowane przez wykonawcę informacje i ich analizę, pozostanie bez wynagrodzenia. Sam brak uregulowań pozwalających wykonawcy uzyskać wynagrodzenie za wykonaną pracę, jest naruszeniem prawa. Postanowienia kontraktu faktycznie umożliwiają ZUS rezygnację, zaniechanie, czy też wstrzymanie prac w dowolnym momencie przed udzieleniem zlecenia wykonawcy. Konieczne jest więc zabezpieczenie wykonawcy, przynajmniej do tego stopnia, by pokryć koszt jego prac związanych z przeprowadzeniem analizy i przygotowaniem Uzgodnienia Projektowego.

Warto spojrzeć na to zagadnienie szerzej, pokazując, że zamawiający może przedstawiać wykonawcy materiał precyzyjny, oddający zakres przedmiotu, który ma być zrealizowany.

Z taką sytuacją spotkamy się w ramach Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS. Precyzując ZUS utrzymuje systemy informatyczne o kluczowym znaczeniu dla organizacji państwa, jak również dla funkcjonowania obywateli. W kręgu tych systemów znajduje się zarówno Kompleksowy System Informatyczny KSI ZUS, jak również Platforma Usług Elektronicznych ZUS (PUE ZUS), co przyznawał sam zamawiający w szeregu publikacji.

Odwołujący zauważa jednak brak jednolitego podejścia zamawiającego do obsługi tych systemów w zakresie dokumentacji Uzgodnienia Projektowego. W KSI ZUS dokumentacja Uzgodnienia Projektowego jest wytwarzana przedstawiana przez stronę zamawiającego.

Natomiast w zakresie PUE ZUS faktyczny obowiązek wytworzenia Uzgodnienia Projektowego spoczywa na wykonawcy. Stanowi o tym art. 4 ust 4 wzorca Umowy PUE.

Praktyka projektowa wskazuje na przypadki, w których zamawiający pomimo złożenia do wykonawcy Zapotrzebowania na Modyfikację czy Usługę Dodatkową i opracowania przez wykonawcę Uzgodnienia Projektowego adekwatnego do takiego Zapotrzebowania, ZUS nie udziela mu zlecenia na wykonanie tych usług lub jest ono ograniczone tylko do części Modyfikacji czy Usługi dodatkowej. Naraża w ten sposób wykonawcę na ryzyko poniesienia znaczących nakładów bez możliwości ich zrekompensowania w postaci jakiegokolwiek wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 4 ust 3 wzorca Umowy PUE: *3. Wykonawca potwierdza przyjęcie Zapotrzebowania na Modyfikację lub Usługę Dodatkową*. Dokument Zapotrzebowania stanowi wyraz woli zamawiającego przeprowadzenia zmiany lub wytworzenia nowej części systemu. Po przekazaniu Zapotrzebowania wykonawca potwierdza przyjęcie Zapotrzebowania na Modyfikację lub Usługę Dodatkową. Już ten stan rzeczy powoduje generowanie kosztów u wykonawcy. Powoływany jest zespół projektowy, który przystępuje do prac analitycznych nad zagadnieniem, a częściej nad zagadnieniami wynikającymi z tegoż Zapotrzebowania. Stopień złożoności tych prac należy uznać za wysoki, gdyż absorbuje analityków, architektów systemowych, deweloperów ze specjalizacją właściwą dla przedmiotu objętego Zapotrzebowaniem.

Pamiętamy, że to na zamawiającym powinno ciążyć ryzyko podjęcia implementacji rozwiązania, a nie na wykonawcy realizującym wolę zamawiającego materializującą się w postaci dokumentu Zapotrzebowania. Wykonawca nie może ponosić ryzyka okoliczności leżących po stronie zamawiającego (art. 433 pkt 4 PZP), a taką jest biznesowa decyzja ZUS o rezygnacji z implementacji rozwiązania, którego dotyczy Uzgodnienie Projektowe.

Finalnie nie można tutaj nie wskazać, iż Uzgodnienie Projektowe jako dokument jest pewnym rezultatem prac, który jest przedmiotem ochrony na gruncie prawa autorskiego, a za takie rezultaty Umowa przewiduje wynagrodzenie i winno być ono niezależne od tego, czy finalnie rozwiązanie objęte Uzgodnieniem Projektowym zostało zaimplementowane, czy też nie. Uzgodnienie Projektowe stanowi szeroką analizę systemową, co ma być zrobione w ramach modyfikacji, a taki typ materiału może być wykorzystywany przez wielu wykonawców. Wykonawca, który taki materiał wytworzył, nie ma wiedzy o jego ostatecznym wykorzystaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmian PPU poprzez wprowadzenie do wzorca Umowy mechanizmu gwarantującego wykonawcy uzyskanie wynagrodzenia za Uzgodnienie Projektowe, które nie zostaną pokryte w kwocie zlecenia na Modyfikację w wyniku sytuacji:

a) braku udzielenia zlecenia na Modyfikację, Usługę Dodatkową pomimo faktu, że zamawiający złożył Zapotrzebowanie do wykonawcy a wykonawca wykonał Uzgodnienie Projektowe,

b) braku pokrycia pełnych nakładów pracy poniesionych przez wykonawcę na wytworzenie Uzgodnienia Projektowego w Modyfikacji, Usłudze Dodatkowej przeprowadzonym zgodnie z zakresem Zapotrzebowania, gdy wynika on z różnicy zakresu usługi wskazanej w dokumencie początkowym, jakim jest Zapotrzebowanie, oraz zakresu usługi wskazanej w dokumencie Zlecenia, który to dokument redukuje zakres usługi mającej na celu wdrożenie Modyfikacji lub Usługi Dodatkowej.

Zamawiający wskazał, że składając Zapotrzebowanie rozpoczyna proces, którego celem jest wykonanie zmian wskazanych w zleceniu za uzgodnione wynagrodzenie. Zamawiający nie składa Zapotrzebowania na prace, których nie planuje zlecać. Zakres Zapotrzebowania ze swojej natury stanowi ogólny opis potrzeb biznesowych wskazujący zakres planowanych prac; co obrazuje wzór Zapotrzebowania określony w załączniku nr 4 do wzoru umowy. Przygotowanie Uzgodnienia Projektowego jest realizowane przez obie strony umowy i zależy od tempa pracy całego zespołu. Jak słusznie w uzasadnieniu wskazał odwołujący zakres UP jest bardzo szczegółowy, ponieważ określa precyzyjnie zakres planowanych zmian w systemie oraz koszty tych zmian szacowanie wstępne. Zdarza się, że prace są realizowane w takim tempie, że wdrożenie nie jest możliwe ze względu na zakończenie czasu obowiązywania umowy. Takie sytuacje są incydentalne i możliwe do monitorowania zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę w celu zaprzestania prac na etapie akceptowalnym przez obie strony. Zarówno postanowienia obecnej Umowy nr 1085541 jak i wzór umowy dołączony do niniejszego postępowania daje wykonawcy możliwość nie przyjęcia Zapotrzebowania do realizacji, jeśli uzna, że zakres czy czas realizacji jest niemożliwy do zrealizowania.

Ad. pkt. a. Proponowane przez odwołującego w żądaniu zapisy są nieprecyzyjne i w praktyce w pełni przenoszą na zamawiającego ryzyko związane z opieszałą i nierzetelną pracą nad UP po stronie wykonawcy. Co oznacza w praktyce zwrot „wykonawca wykonał UP”? Do potwierdzenia czy faktycznie UP jest wykonane należy potrzebować dwóch stron uczestniczących w procesie jego wytwarzania. Tymczasem odwołujący w swoim żądaniu oczekuje, że jego jednostronne oświadczenie „wykonałem Uzgodnienie Projektowe” ma stanowić podstawę do zapłaty. Uzgodnienie projektowe jest dokumentem, w którym spisane są w określonym szablonie uzgodnienia projektowe, w których biorą udział Strony (zamawiający i wykonawca). Jest to wynik wspólnych prac. Nie ma uzasadnienia oczekiwanie zapłaty za prace, które są wykonywane przez zamawiającego. W skrajnym przypadku można przyjąć, że wykonawca celowo będzie opóźniał prace nad UP; żeby w konsekwencji nie musieć realizować kolejnych prac projektowych takich jak wytworzenie oprogramowania, a następnie żądać zapłaty za sam dokument UP. Ponadto należy wskazać, że takie podejście zwiększa po stronie zamawiającego ryzyko opóźnień w realizacji usługi rozwoju systemu oraz nałoży na zamawiającego obowiązek tworzenia swoistej rezerwy celowej na ewentualną zapłatę za UP. Zgodnie z przyjętą Metodologią oraz logiką projektową wycena planowanych prac ustalana jest po zebraniu wymagań. Sytuacja, w której wykonawca jednostronnie oświadcza, że wykonał UP i jednostronnie wskaże koszt jego wykonania w praktyce stawia wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji. Oczywistym jest, że zamawiający powinien zapłacić za produkt wolny od wad, co oznacza, że w praktyce wykonawca może się spotkać z zarzutem zamawiającego co do poprawności tego dokumentu. Spór ten może się przedłużać i w praktyce ograniczać możliwość zlecania kolejnych prac rozwojowych.

Ad. pkt b. Żądanie to, zdaniem zamawiającego jest błędnie sformułowane, a przedstawiony w nim stan w praktyce nie może wystąpić na gruncie obecnej Umowy nr 1085541 jak i wzoru umowy dołączonego do niniejszego postępowania. Jak już wcześniej wskazywaliśmy zakres Zapotrzebowania ze swojej natury stanowi ogólny opis potrzeb biznesowych wskazujący zakres planowanych prac, co obrazuje wzór Zapotrzebowania określony w załączniku nr 4 do wzoru umowy. Na podstawie tego zapisu nie można określić zakresu planowanych zmian i ani ich kosztów. Dopiero na kolejnym etapie prac, tj. podczas pisania UP określany jest precyzyjnie zakres planowanych zmian w systemie oraz koszty tych zmian - szacowanie wstępne. Zatwierdzone UP stanowi podstawę do wystawienia przez wykonawcę oferty wykonania i ostatecznie w konsekwencji Zlecenia realizacji prac przez zamawiającego. Uzgodnione przez strony w UP koszty (szacowanie wstępne) jest w całości przenoszone do oferty wykonania i Zlecenia. Wykonawca zawsze w zleceniu otrzymuje wynagrodzenie za pełen zakres prac uzgodniony w UP. Zamawiający jednostronnie nie może zmniejszyć zakresu i kosztów uzgodnionych w UP.

Obawy odwołującego są przy tym nieuzasadnione. W toku realizacji obecnie obowiązującej umowy na utrzymanie i rozwój PUE Strony przygotowały 25 uzgodnień projektowych, z których wszystkie 25 zakończyło się udzieleniem zlecenia na Modyfikację. Obecnie procedowane są 2 zapotrzebowania na Zlecenia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego, który wskazał, że uzgodnienie projektowe jest dokumentem, w którym spisane są w określonym szablonie uzgodnienia projektowe, w których biorą udział strony (zamawiający i

wykonawca). Jest to wynik wspólnych prac. Nie ma uzasadnienia oczekiwanie zapłaty za prace, które są wykonywane przez zamawiającego. Zgodnie z przyjętą Metodą oraz logiką projektową wycena planowanych prac ustalana jest po zebraniu wymagań. Sytuacja, w której wykonawca jednostronnie oświadcza, że wykonał UP i jednostronnie wskaże koszt jego wykonania w praktyce stawia wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji. Zatwierdzone UP stanowi podstawę do wystawienie przez Wykonawcę oferty wykonania i ostatecznie w konsekwencji Zlecenia realizacji prac przez Zamawiającego. Uzgodnione przez strony w UP koszty (szacowanie wstępne) jest w całości przenoszone do oferty wykonania i Zlecenia. Wykonawca zawsze w zleceniu otrzymuje wynagrodzenie za pełen zakres prac uzgodniony w UP. Zamawiający jednostronnie nie może zmniejszyć zakresu i kosztów uzgodnionych w UP.

Jak wskazał zamawiający, dotychczasowe doświadczenia w realizacji świadczenia potwierdzają niezasadność zarzutu odwołania. Ponadto za zamawiającym podnieść należy, że Złożenie Zapotrzebowania przez zamawiającego rozpoczyna proces, którego celem jest wykonanie zmian wskazanych w Zleceniu za uzgodnione wynagrodzenie. Zapotrzebowania ze swojej natury stanowi ogólny opis potrzeb biznesowych wskazujący zakres planowanych prac; co obrazuje wzór Zapotrzebowania określony w załączniku nr 4 do PPU. Przygotowanie Uzgodnienia Projektowego jest realizowane przez obie strony umowy i zależy od tempa pracy całego zespołu. Zakres UP jest bardzo szczegółowy, ponieważ określa precyzyjnie zakres planowanych zmian w systemie oraz koszty tych zmian – szacowanie wstępne. Przedstawione przez Comarch w piśmie procesowym odwołującego dowody tj. protokół ze spotkania potwierdzają informacje przedstawiane przez ZUS w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie. Wszystkie zmiany zakresu planowanych prac do realizacji są uzgadniane przez strony wspólnie i w porozumieniu. Finalnie ZUS zlecił do realizacji zakres prac wspólnie ustalony przez Strony do realizacji, a Comarch nie zgłaszał żadnych wątpliwości czy zdanie odrębne do takiego procedowania tych prac. Wracając do pierwotnie zarysowanego uzasadnienie zarzutu należy podkreślić, że w praktyce w pełni przenosi ono na zamawiającego ryzyko związane z opieszałą i nierzetelną pracą nad UP po stronie wykonawcy. W skrajnym przypadku można przyjąć, że wykonawca celowo będzie opóźniał prace nad UP, żeby

w konsekwencji nie musieć realizować kolejnych prac projektowych takich jak wytworzenie oprogramowania, a następnie żądać zapłaty za sam dokument UP. Comarch w swoim żądaniu w żaden sposób nie określa jak wyobraża sobie sposób obliczenia wynagrodzenia za częściowo wykonane UP. Zarówno postanowienia obecnej Umowy nr 1085541 jak i wzór umowy dołączony do niniejszego postępowania daje wykonawcy możliwość nie przyjęcia Zapotrzebowania do realizacji jeśli uzna, że zakres czy czas realizacji jest niemożliwy do zrealizowania. Wykonawca stoi więc w uprzywilejowanej pozycji względem zlecającego; bo może już na samym początku nie przyjąć wskazanego zakresu prac do realizacji.

Zarzut nr 10 – naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ k.c. w związku z art. 483 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 433 pkt 2 i 3 PZP, przez niezgodne z regulacją kodeksową, nieproporcjonalne, niejednoznaczne

i przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi dotyczących wdrożenia zmian legislacyjnych / Modyfikacji legislacyjnych (art. 15 ust. 2 pkt 2 PPU).

Odwolujący wskazał, że zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ przewidział następujące postanowienia: Art. 15 ust. 2 PPU: 2. Zamawiający obciąża Wykonawcę karą umowną z tytułu:

- 1) niedotrzymania terminu Odbioru Oprogramowania – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu Modyfikacji, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 2) niedotrzymania terminu Odbioru Oprogramowania dla Modyfikacji dotyczących wdrożenia zmian legislacyjnych – w wysokości 2% wynagrodzenia brutto z tytułu Modyfikacji, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 3) niedotrzymania terminu Odbioru Modyfikacji – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu Zlecenia obejmującego Modyfikację, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

W załączniku nr 4 Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy (str. 45) zamawiający przewidział wzór Zapotrzebowania na Modyfikację/Usługę dodatkową.

Z rzeczonoego wzoru wynika, iż jednym z typów modyfikacji jest niezdefiniowana przez zamawiającego tzw. modyfikacja legislacyjna, które to pojęcie pojawia się oprócz cytowanej wyżej kary umownej wyłącznie w rzeczonym wzorze Zapotrzebowania na Modyfikację/Usługę dodatkową.

Odwolujący zarzuca zamawiającemu, że choć przewidział odrębną karę za niedotrzymanie terminu Odbioru Oprogramowania dla Modyfikacji dotyczących wdrożenia zmian legislacyjnych w wysokości 2% wynagrodzenia brutto z tytułu Modyfikacji, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, to nigdzie precyzyjnie nie zdefiniował, czym jest Modyfikacja dotycząca wdrożenia zmian legislacyjnych oraz czym jest Modyfikacja legislacyjna i jakie kryteria będzie przyjmował, aby danej modyfikacji nadać taki status (w szczególności np. nie doprecyzował, iż Modyfikacja legislacyjna to taka, której wykonanie jest niezbędne wskutek zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa).

Odwołujący zwraca też uwagę na fakt, iż zamawiający w postanowieniach dotyczących kar umownych posługuje się pojęciem Modyfikacji dotyczących wdrożenia zmian legislacyjnych, a w Zapotrzebowaniu pojęciem Modyfikacji legislacyjnej. Nie wiadomo, czy są to pojęcia tożsame, czy też zamawiający celowo różnicuje te pojęcia, przy czym wydawałoby się, że pojęcie Modyfikacji dotyczących wdrożenia zmian legislacyjnych jest pojęciem szerszym niż niesprecyzowane pojęcie Modyfikacji legislacyjnej. Wątpliwości interpretacyjne nie powinny tutaj w ogóle zachodzić, a definitywnie zachodzą, mając na uwadze, iż postanowienia umowne dotyczące kar umownych winny być precyzyjne i jednoznaczne zarówno na gruncie k.c. jak i na gruncie PZP.

Rzeczono Zapotrzebowanie formułuje 1-stronnie zamawiający, a wykonawca jedynie potwierdza jego otrzymanie, nie mając wpływu na jego treść. Okolicznością całkowicie niezależną od wykonawcy jest przy tym liczba i rodzaj zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które zajdą w toku obowiązywania umowy i które mogą (ale nie muszą) implikować konieczność wykonania Modyfikacji dotyczących wdrożenia zmian legislacyjnych / Modyfikacji legislacyjnych.

Za nieproporcjonalne należy uznać, iż kara umowna, o której mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2 PPU, jest 4-krotnie wyższa od kary za inne modyfikacje, podczas gdy wynagrodzenie jest wyliczane w sposób tożsamy jak dla każdej innej modyfikacji. Taka kara jest karą rażąco zawyżoną i stanowi przykład wzbogacenia się zamawiającego względem wykonawcy. Wykonawca nie ma, jak skompensować ryzyka naliczenia 4-krotnie wyższej kary umownej, co przekłada się na trudność w skalkulowaniu tego ryzyka w cenie oferty (co w ogóle jest trudne, gdyż nie wiadomo, jaki procent wszystkich modyfikacji będą stanowiły Modyfikacje legislacyjne). Co więcej wykonawca, choć ma ryzyko większej kary umownej, nie ma dodatkowych środków, które pozwoliłyby np. na rozbudowanie *ad hoc* zespołu osób realizujących tego typu modyfikacje, lub po prostu wypłatę wynagrodzenia za nadgodziny zespołowi osób realizujących tego typu modyfikacje, tak aby zmitigować ryzyko naliczenia rażąco wysokiej kary umownej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian PPU poprzez:

1) wprowadzenie jednoznacznej definicji Modyfikacji legislacyjnej, tj. modyfikacji, której wykonanie jest niezbędne wskutek zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wskazanie, iż w art. 15 ust. 2 pkt 2 zamawiający przewiduje karę w zakresie Modyfikacji legislacyjnej, a nie w zakresie Modyfikacji dotyczącej wdrożenia zmian legislacyjnych oraz

2) skorygowanie wysokości kary umownej, o której mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2 z 2% do 0,5% lub skorygowanie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za Modyfikację legislacyjną poprzez zwiększenie tego wynagrodzenia proporcjonalnie do kary umownej,

o której mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2 (wprowadzenie do iloczynu wyliczającego wynagrodzenie z tytułu Modyfikacji legislacyjnej, o którym mowa w art. 13 ust. 1 dodatkowego współczynnika x 4).

Zamawiający wskazał, że W PPU, jak również w obecnie obowiązującej Umowie, której stroną jest Odwołujący posłużono się pojęciem Modyfikacja legislacyjna i pomimo braku definicji charakter takiej Modyfikacji nie powinien budzić wątpliwości. W Załączniku nr 4.1 do Załącznika nr 4 do Umowy określono wzór Zapotrzebowania na Modyfikację, w którym między innymi zawarto punkt dotyczący podstawy Modyfikacji, a dla Modyfikacji legislacyjnej podawany jest rodzaj aktu prawnego z określeniem artykułu lub paragrafu, ustępu, punktu, podpunktu/litery oraz miejsce jego publikacji ze wskazaniem Dziennika lub Dziennika Urzędowego z określeniem daty, numeru oraz pozycji. Zamawiający w miarę potrzeb składa Wykonawcy Zapotrzebowanie na Modyfikację w którym podaje informacje dotyczące jej podstawy według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4.1 (zgodnie z art. 4 ust. 2 Umowy). Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca posiada wiedzę o charakterze Modyfikacji na etapie potwierdzania otrzymania Zapotrzebowania na Modyfikację.

Niezależnie od tego Zamawiający zgadza się, że zasadne jest ujednolicenie pojęć stosowanych we wzorze Zapotrzebowania oraz w postanowieniach dotyczących kar umownych, w związku z czym we wzorze Zapotrzebowania wprowadzono pojęcie Modyfikacji dotyczącej wdrożenia zmian legislacyjnych. Po zmianie nie ma już wątpliwości, że art. 15 ust. 2 pkt 2 PPU referuje do zmian, o których mowa w Zapotrzebowaniu na Modyfikację (Modyfikacja nr 12). Odnosnie do żądania obniżenia wysokości kary umownej, o której mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2 z 2% do 0,5 % Zamawiający wyszedł naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego i obniżył wysokość kary do 1,5 % (Modyfikacja nr 11).

Zamawiający dodatkowo wskazał, że odwołujący w piśmie procesowym przedstawił wykaz umów przy realizacji, których ustawodawca zwolnił ZUS ze stosowania PzP. Do listy tej warto dodać umowę zawartą z Comarch na analogicznych zasadach tj. na podstawie ustawowego zwolnienia ze stosowania przepisów PzP. Umowa nr 1087749 na przygotowanie systemu informatycznego KSI ZUS do realizacji zadań związanych z obsługą wniosków o stosowanie ceny maksymalnej paliw gazowych – „wniosków o cenę maksymalną” (RPG) oraz Zlecenie ZL/M0653/1 Przyjęcie i obsługa na Portalu PUE wniosków o stosowanie ceny maksymalnej paliw gazowych – „wniosków o cenę maksymalną” (RPG) oraz raportowanie o złożonym wniosku. W dniu 13 marca 2023 r. została podpisana Ustawa o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz niektórych innych ustaw, która została opublikowana w dniu 24 marca 2023 r. Zgodnie z postanowieniami tej ustawy ZUS był zobowiązany do obsługi wniosku o stosowanie ceny

maksymalnej paliw gazowych. Zgodnie

z art. 3a ust. 27 ustawy z dnia 15 grudnia 2022 r. o szczególnej ochronie niektórych odbiorców paliw gazowych w 2023 r. do zamówień na usługi lub dostawy mające na celu realizację Ustawy przez zamawiającego, w tym w szczególności do rozbudowy, dostosowania lub utrzymania systemu teleinformatycznego, nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W wyniku zleconych prac Comarch miał wykonać stosowane zmiany w systemach KSI ZUS i Portal PUE – jak w każdej tego typu ustawie kluczowym było dla ZUS terminowe dostarczenie oprogramowania. Niestety Comarch nie wywiązał się z realizacji tych prac w sposób należyty. Zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem prac Start produkcyjny miał nastąpić w dniu 8.04.2023 roku. Według stanu na ten dzień, dostarczone do testów oprogramowanie nadal zawierało błędy – większość procedur testowych kończyło się błędem albo było niedostępna do testów. Wykonawca nie dostarczył do ZUS oprogramowania wolnego od wad w uzgodnionym terminie.

Dopiero oprogramowanie przekazane w dniu 19-04-2023 można było uznać za kompletne i wolne od wad. Oprogramowanie to zostało przekazane do wdrożenia, które nastąpiło tego samego dnia.

ZUS podjął decyzję o wprowadzeniu własnymi siłami rozwiązania tymczasowego – do czasu dostarczenia przez Comarch rozwiązania docelowego – polegającego na publikacji interaktywnego formularza PDF na stronie www Zakładu. Firma Comarch zapisała się jako pierwsza w historii ZUS, przez którą Zakład nie mógł wykonać obowiązku ustawowego i musiał budować rozwiązanie tymczasowe. Powyższe doświadczenia zamawiającego stały się podstawą do podjęcia przez zamawiającego decyzji o wprowadzeniu stosownych zapisów do PPU dotyczących realizacji modyfikacji systemu o charakterze legislacyjnym. Truizmem jest stwierdzenie, że kilkudniowe czy nawet 12 dniowe terminy na wdrożenie pierwszej transzy oprogramowania stawiały Zakład w trudnej pozycji negocjacyjnej, a z drugiej strony niezasadne byłoby obciążanie wykonawcy dodatkowym ryzykiem wysokich kar umownych przy tak ekstremalnych terminach wdrożenia.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny.

Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego, zwracając jednocześnie uwagę na fakt, że zamawiający zgodził się, że zasadne jest ujednolicenie pojęć stosowanych we wzorze Zapotrzebowania oraz w postanowieniach dotyczących kar umownych, w związku z czym we wzorze Zapotrzebowania wprowadzono pojęcie Modyfikacji dotyczącej wdrożenia zmian legislacyjnych. Po zmianie nie ma już wątpliwości, że art. 15 ust. 2 pkt 2 PPU referuje do zmian, o których mowa w Zapotrzebowaniu na Modyfikację (Modyfikacja nr 12). Tym samym w omawianym zakresie brak jest przedmiotu sporu.

Odnosnie do żądania obniżenia wysokości kary umownej, o której mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2 z 2% do 0,5 % zamawiający wyszedł naprzeciw oczekiwaniom odwołującego i obniżył wysokość kary do 1,5 % (Modyfikacja nr 11).

Zdaniem Izby, na dzień orzekania brak jest postawień, które w swoim odwołaniu podnosił odwołujący. Nie mniej Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał w jaki sposób wysokość kary ustalonej przez zamawiającego wpływa na zachwianie konkurencyjności postępowania oraz ma wpływ na możliwość złożenia oferty przez odwołującego. Zdaniem Izby wysokość kary ma znaczenie dla prawidłowej, terminowej i rzetelnej realizacji wykonania danego zlecenia.

Dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w postaci określonego procentu ustalonego wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, nawet jeżeli nie określono końcowego terminu naliczania kary umownej ani jej kwoty maksymalnej. Nie ma przepisu ogólnego, który wprost zakazywałby zastrzegania kary umownej bez określenia maksymalnej kwot. Taki wymóg zastrzeżony jest jedynie w przepisie szczególnym tj. art. 436 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu - I Wydział Cywilny z dnia 29 czerwca 2022 r., sygn. I AGa 205/21).

KIO 249/25

23 stycznia 2025 roku, wykonawca **DXC Technology Polska sp. z o.o.** (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyniku wymiany pism, przed otwarciem rozprawy, Izba ustaliła, co zgodnie potwierdziły strony postępowania oraz uczestnicy (przystępujący), że do merytorycznego rozpoznania na rozprawę zostaje skierowany zarzut nr: I.3. odwołania dotyczący pkt 7.3.3.1.7 SWZ

(w uzasadnieniu odwołania zarzut ten został błędnie opisany jako I.4. (strona 9 odwołania).

W pozostałym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanych dokumentów zamówienia wykonawca może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości złożenia ważnej oferty w postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy PZP. Odwołujący wykazuje, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty

w postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego są bezzasadny. Krajowa Izba Odwoławcza podzielać w całości stanowisko zamawiającego i przystępujących (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w pkt. 7.2 SWZ wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierował się następującym kryterium:

Zgodnie z pkt. 7.3.3.1 SWZ w kryterium – Test kompetencji technicznych (TK) zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania oraz rozwoju systemów o skali porównywalnej z PUE. Zadania będą prowadzone przy pomocy standardowego oprogramowania narzędziowego. Zadania będą dotyczyły standardowego oprogramowania narzędziowego.

Zamawiający w pkt. 7.3.3.1.7 SWZ wymaga, aby: *„Wykonawca w terminie 7 dni przed planowanym terminem realizacji Testu kompetencji technicznych przedstawi listę osób, które będą go realizowały, zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku 16 do SWZ. Wyznaczone osoby do realizacji testu powinny być związane z Wykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy, umowa cywilno-prawna zawarta na okres co najmniej 6 miesięcy). Lista osób będzie zawierała informacje o których mowa w ust. 3 Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych stanowiącego Załącznik nr 12 do SWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji wymagań określonych w niniejszym punkcie. Udział w testach mogą wziąć wyłącznie osoby wskazane w Załączniku nr 16 do SWZ. Osoby niespełniające wymagania, o którym mowa w niniejszym punkcie nie będą dopuszczone do Testu kompetencji technicznych. Wykonawca jest uprawniony do dokonania zmian w składzie osobowym, wskazanym w Załączniku nr 16 do SWZ, zgodnie z pkt 3 Załącznika nr 12 do SWZ, w obiektywnie uzasadnionych przypadkach”.*

Odwołujący wskazuje, że wymóg, aby wyznaczone osoby do realizacji testu powinny być związane z wykonawcą stałym stosunkiem prawnym tj. umową o pracę zawartą na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy lub umową cywilno-prawna zawartą na okres co najmniej 6 miesięcy jest wymogiem nadmiernym i niezasadnym i rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że sam fakt zawarcia umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej na okres co najmniej 6 miesięcy nie daje gwarancji, że dana osoba będzie dostępna do realizacji zamówienia przez cały okres jego trwania. Pracownik zatrudniony na podstawie umowy o pracę, nawet na czas nieokreślony, może w każdej chwili złożyć wypowiedzenie, zgodnie z przepisami Kodeksu pracy. Podobnie w przypadku umowy zawartej na czas określony co najmniej 6 miesięcy. Okres wypowiedzenia w przypadku takiej umowy wynosi 1 miesiąc. Podobnie w przypadku umowy cywilnoprawnej, jej zakończenie/rozwiązanie wynika ze ustalonych przez strony postanowień umownych. Zatem postawienie takiego wymogu nie prowadzi do zwiększenia pewności realizacji zamówienia przez wyznaczone osoby. Wprowadzenie wymogu zatrudnienia osób na podstawie stosunku prawnego trwającego co najmniej 6 miesięcy jest również nieadekwatne w kontekście niniejszego postępowania. Na obecnym etapie składania ofert, a także uwzględniając czas potrzebny na badanie i ocenę ofert, wybór najkorzystniejszej oferty, ewentualne odwołania i podpisanie umowy, wymaganie, aby stosunki prawne osób zaangażowanych trwały przez co najmniej 6 miesięcy, nie ma praktycznego uzasadnienia. Taki wymóg nie gwarantuje realnej ciągłości zatrudnienia, a jednocześnie znacząco ogranicza konkurencję. Ograniczenie przez zamawiającego wymogu do konieczności związania w wykonawcę stałym stosunkiem prawnym nie uwzględnia również specyfiki rynku pracy w branży IT, gdzie popularne są różnorodne formy współpracy, takie jak body leasing, outsourcing usług IT czy praca tymczasowa.

Forma zatrudnienia w branży IT często opiera się na elastyczności, co wynika z charakteru projektów. Narzucenie przez zamawiającego takiego wymogu stoi w sprzeczności z rzeczywistością rynkową, w której współpraca jest efektywnie realizowana również w innych modelach niż umowa o

pracę czy umowa cywilnoprawna zawarta na okres co najmniej 6 miesięcy lub czas nieoznaczony.

Przedmiotowy wymóg może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, wykluczając z postępowania wykonawców, którzy korzystają z nowoczesnych i efektywnych form organizacji pracy, popularnych w branży IT. Zamawiający, formułując wymagania w zakresie kwalifikacji personelu, powinien kierować się zasadą proporcjonalności i dostosowywać je do rzeczywistych potrzeb związanych z realizacją zamówienia. Wprowadzenie wymogu stałego zatrudnienia wyłącznie w formie umowy na czas określony lub nieokreślony nie ma uzasadnienia merytorycznego ani praktycznego.

Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych przesłanek, które uzasadniałyby konieczność wprowadzenia przedmiotowego wymogu. Wymóg ten nie wpływa na jakość realizacji zamówienia ani na zdolność wykonawcy do należytego wykonania zobowiązań umownych. Jedynym istotnym kryterium powinna być faktyczna dostępność specjalistów

w odpowiednim momencie realizacji zamówienia, niezależnie od formy ich zatrudnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wnioskował o:

1) zmianę pkt. 7.3.3.1.7 SWZ w następujący sposób:

„Wykonawca w terminie 7 dni przed planowanym terminem realizacji Testu kompetencji technicznych przedstawi listę osób, które będą go realizowały, zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku 16 do SWZ. Lista osób będzie zawierała informacje o których mowa w ust. 3 Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych stanowiącego Załącznik nr 12 do SWZ. Udział w testach mogą wziąć wyłącznie osoby wskazane w Załączniku nr 16 do SWZ. Osoby niespełniające wymagania, o którym mowa w niniejszym punkcie nie będą dopuszczone do Testu kompetencji technicznych. Wykonawca jest uprawniony do dokonania zmian w składzie osobowym, wskazanym w Załączniku nr 16 do SWZ, zgodnie z pkt 3 Załącznika nr 12 do SWZ, w obiektywnie uzasadnionych przypadkach”,

ewentualnie:

2) zmianę pkt. 7.3.3.1.7 SWZ przez doprecyzowanie postanowienia w następujący sposób: *„Wykonawca w terminie 7 dni przed planowanym terminem realizacji Testu kompetencji technicznych przedstawi listę osób, które będą go realizowały, zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku 16 do SWZ. Wyznaczone osoby do realizacji testu powinny być związane*

z Wykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę, umowa cywilno-prawna) lub być w dyspozycji Wykonawcy na podstawie innego stosunku prawnego, który potwierdza,

że Wykonawca dysponuje tymi osobami. Lista osób będzie zawierała informacje o których mowa w ust. 3 Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych stanowiącego Załącznik nr 12 do SWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji wymagań określonych w niniejszym punkcie. Udział w testach mogą wziąć wyłącznie osoby wskazane w Załączniku nr 16 do SWZ. Osoby niespełniające wymagania, o którym mowa w niniejszym punkcie nie będą dopuszczone do Testu kompetencji technicznych. Wykonawca jest uprawniony do dokonania zmian w składzie osobowym, wskazanym w Załączniku nr 16 do SWZ, zgodnie z pkt 3 Załącznika nr 12 do SWZ, w obiektywnie uzasadnionych przypadkach”.

Zamawiający wskazał, że odniesienie się do zarzutu powinno zostać poprzedzone krótkim rysem historycznym dotyczącym okoliczności wprowadzenia kryterium „test kompetencji technicznych” w postępowaniach dotyczących PUE. W poprzednio prowadzonym postępowaniu dotyczącym utrzymania i rozwoju PUE w wyroku z 18 grudnia 2020 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 937/20) w ten sposób, że nakazał wprowadzenie kryterium „Test kompetencji technicznych” o wadze 30%, a także nakazał „wprowadzenie do SIWZ obiektywnych i jasnych zasad przeprowadzenia „Testu kompetencji technicznych”, które mogą opierać się na zasadach wprowadzonych

w postępowaniu na Świadczenie usług eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, z uwzględnieniem klasy zadań, jakie występują w ramach przedmiotowego postępowania”. W wykonaniu wyroku Zakład w poprzednim postępowaniu dotyczącym PUE wprowadził kryterium testów wzorując się na postanowieniach obowiązujących w równoległym postępowaniu dotyczącym utrzymania KSI. Można stwierdzić, że od tego czasu, oczywiście poza treścią zadań testowych, Zakład stosuje bardzo podobne reguły prowadzenia testów w odniesieniu do obu kluczowych systemów. Ewentualne zarzuty dotyczące testów w KSI są zwykle uwzględniane w postępowaniach dot. PUE. Przykładem takiego podejścia było uwzględnienie w poprzednio prowadzonym postępowaniu dot. PUE wniosków wynikających z odwołania Asseco Poland SA z dnia 2 marca 2020 r. wniesionego w postępowaniu na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) znak sprawy TZ/271/65/19. W uzasadnieniu zarzutu nr 2 tego odwołania Asseco wskazał na niedopuszczalną praktykę zaliczania testów kompetencji przy pomocy osób „wynajętych” tylko do czynności testów oraz zażądał, aby oprócz określonego w SIWZ wymogu związania umową na okres co najmniej 6 miesięcy, uczestnicy testów uczestniczyli następnie w

wykonaniu zamówienia. Co więcej żądanie obejmowało także wprowadzenia testów w wypadku zmiany członka personelu uczestniczącego w testach na etapie postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z argumentacją Asseco

i w wyroku z 19 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 452/20, 454/20) uwzględniła zarzut 2 odwołania i nakazała modyfikację SIWZ zgodnie z żądaniem odwołania. Zamawiający wykonał wyrok,

a nadto w niemal identyczny sposób zmienił SIWZ w równoległym trwającym postępowaniu dotyczącym utrzymania i rozwoju PUE. Tak ukształtowane postanowienia dotyczące personelu biorącego udział w testach zostały następnie powielone w kolejnych postępowaniach dotyczących PUE i KSI, to jest w niniejszym postępowaniu, jak również w równoległym trwającym postępowaniu na Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych"; znak postępowania: 993200/271/17/2023, w którym pkt 7.3.3.11. SWZ brzmi w następujący sposób: „Wykonawca w terminie 7 dni przed planowanym terminem realizacji Testu kompetencji technicznych przedstawi listę osób, które będą go realizowały, zgodnie z wzorem określonym w części B Załącznika 7 do SWZ. Wyznaczone osoby do realizacji testu powinny być związane z Wykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy, umowa cywilno-prawna zawarta na okres co najmniej 6 miesięcy). Lista osób będzie zawierała informacje o których mowa w ust. 3 Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych stanowiącego Załącznik 12 do SWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji wymagań określonych w niniejszym punkcie. Udział w testach mogą wziąć wyłącznie osoby wskazane w części B Załącznika 7 do SWZ. Osoby niespełniające wymagania, o którym mowa w niniejszym punkcie nie będą dopuszczone do Testu kompetencji technicznych. Wykonawca jest uprawniony do dokonania zmian w składzie osobowym, wskazanym w części B Załącznika 7 do SWZ, zgodnie z pkt 3 Załącznika 12 do SWZ, w obiektywnie uzasadnionych przypadkach”.

Z cytowanego postanowienia wynika, że poza numerami załączników, do których się odwołuje, jest ono tożsame z postanowieniem kwestionowanym przez odwołującego. Tak ukształtowane postanowienie jest więc stosowane w kolejnych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego dotyczących PUE oraz KSI i nie było dotychczas kwestionowane, a zamawiający nie znalazł powodów by je zmieniać. Zamawiający zauważył bowiem, że całokształt wymagań odnoszących się zarówno do związania umową na dłuższy czas, jak również wymogi odnoszące się do wykonania zamówienia przez personel biorący udział w testach przyczynił się do trwałości i ciągłości zespołów projektowych, w których kluczowi specjaliści nie zmieniają się zbyt często, co też ma istotny wpływ na jakość usług świadczonych w obu obszarach przez różnych wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Izba w całości podziela argumentację zamawiającego i przystępującą po jego stronie wykonawców. W ocenie Izby zamawiający w celu zagwarantowania rzetelności wykonania testów kompetencji jest jak najbardziej uprawniony do żądania, aby osoby wyznaczone do realizacji testu były związane z wykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę na czas nieokreślony lub na minimum 6 miesięcy, umowa cywilno-prawna na minimum 6 miesięcy). Taki sposób zabezpieczenia interesów zamawiającego nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący jako spółka o dużym potencjale i doświadczeniu, jest w stanie wypełnić wymagania zamawiającego w pełnym zakresie. Okoliczność, iż model biznesowy jaki preferuje wykonawca nie wypełnia oczekiwań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, nie stanowi podstawy do uwzględnienia zarzutu odwołującego za zasadny. Oczywistym jest bowiem, że każda firma realizując zamierzenia biznesowe dostosowuje je do aktualnych potrzeb rynku, chcąc pozyskać nowe kontrakty. Tym samym, zdaniem Izby, brak jest podstaw do uznania, że zamawiający musi dostosowywać się do modelu biznesowego każdego wykonawcy z osobna, gdyż to wykonawca jako podmiot potencjalnie zainteresowany pozyskaniem danego zamówienia ma za zadanie w taki sposób zreorganizować swoje zasoby, aby zapewnić zamawiającemu bezpieczeństwo prawidłowej realizacji usługi.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku o sygn. akt KIO 2067/24 *„Istota ustalania kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na założeniu, że każdy wykonawca zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach, które odpowiadają zasadom oceny ofert w większym bądź mniejszym stopniu. Dopiero stosunek jakości do ceny lub kosztu decyduje o tym, czy złożona oferta jest najkorzystniejsza, czy też nie. Dostępu do zamówienia publicznego nie sposób utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1040/15, KIO 1043/15, naturalnym jest, że jednego rodzaju kryteria, jedni wykonawcy spełniają „lepiej”, a inni „gorzej”. Taki bowiem jest charakter kryteriów oceny ofert. Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku usług. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 25 marca 2022 r., sygn. akt KIO 610/22, gdzie wskazała, że kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców”, ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miałyby być równa,*

to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłyby kryteria pozacenowe. Ważne jest natomiast, aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć, że konkurencyjność wykonawców

w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości".

Podobnie stwierdziła Izba w wyroku KIO 1110/23: „Dobór kryteriów oceny ofert, stosownie do art. 239 ustawy Pzp, ma umożliwić wybór oferty najkorzystniejszej. W zakreślonych przez ustawę Pzp ramach Zamawiający mogą dowolnie dobrać kryteria jakościowe do swoich uzasadnionych potrzeb”.

Izba wyjaśniła także pojęcie „uczciwej konkurencji” w kontekście punktacji określonych kryteriów (vide: wyrok o sygn. akt KIO 3463/21): „Nie budzi wątpliwości, że określenie „uczciwej konkurencji”, także w zamówieniach publicznych, należy odnieść do zasady „niech wygra najlepszy” (jako odpowiednika „najkorzystniejszej oferty”). Tym samym wybór produktu najlepszego jakościowo trudno uznać za naruszenie uczciwej konkurencji, także w kontekście art. 99 ust. 4 Prawo zamówień publicznych”.

W wyroku o sygn. akt KIO 1336/21 Izba stwierdziła: „W odróżnieniu od warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert mają na celu umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, która w najwyższym stopniu na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów będzie spełniała oczekiwania Zamawiającego. Kryterium oceny ofert może więc określać wyższe warunki i wymagania wobec wykonawcy w związku z charakterem przedmiotu zamówienia, w tym zasady przyznawania punktów”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jak najbardziej zgodne są z powyższą linią orzecniczą, gdyż zostały ukształtowane w sposób obiektywny i czytelny, zgodny z zasadami określonymi

w ustawie Pzp, w tym m.in. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....