

Sygn. akt XXIII Ga 1308/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 października 2020 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Wiktor Piber
Sędziowie:	SO Monika Skalska SO Andrzej Sobieszczański
Protokolant:	Sekretarz sądowy Weronika Żołdak

po rozpoznaniu w dniu 30 września 2020 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem Zamawiającego: **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w W.**

Przystępującego po stronie Zamawiającego: **(...) spółki akcyjnej w K.**

Odwołującego: **(...) spółki akcyjnej w R.**

na skutek skargi Odwołującego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt (...)

I. oddala skargę;

II. zasądza od (...) spółki akcyjnej w R. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w W. kwotę 12.500,00 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym.

SSO Monika Skalska SSO Wiktor Piber SSO Andrzej Sobieszczański

Sygn. akt XXIII Ga 1308/20

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w W. (dalej: ZUS lub Zamawiający), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 – dalej: Pzp), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: KSI ZUS).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2020 r., pod numerem (...). Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 02 marca 2020 r., zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO/Izba) dwa odwołania, następujących wykonawców:

- 1) (...) spółka akcyjna w R. (dalej (...)/Odwołujący/Skarżący);
- 2) (...) spółka akcyjna w K. (dalej (...)/Przystępujący).

Obaj wykonawcy zarzucili w swych odwołaniach, podjęcie przez Zamawiającego niezgodnej z przepisami Pzp czynności polegającej na sformułowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołanie (...) zostało zarejestrowane pod sygn. akt (...), a odwołanie (...) pod sygn. akt (...). Zarządzeniem Prezesa KIO z dnia 04 marca 2020 r., oba odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Izby.

Wskazać na wstępie należy, iż wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2020 r., rozstrzygnął oba odwołania lecz (...) mimo częściowego oddalenia jego odwołania nie zdecydował się na zaskarżenie wyroku w tym zakresie, nie zdecydował się także na zaskarżenie wyroku KIO w zakresie uwzględnienia w części odwołania (...).

Z uwagi na zakres podmiotowy i przedmiotowy skargi, Sąd Okręgowy odnosić się więc będzie wyłącznie do odwołania (...) ((...)). Ponadto przedmiotem ustaleń i rozważań będą tylko te zarzuty odwołania, które zostały podtrzymane w skardze.

Jedynym podmiotem skarżącym było więc (...), które uznało za zasadne zaskarżenie wyroku w części dotyczącej oddalenia przez Izbę zarzutów odwołania nr: 1, 4, 10, 12 i 13.

Gwoli jedynie jasności, KIO ww. wyrokiem umorzyła postępowanie odwoławcze (...) w sprawie o sygn. akt (...), w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 3, 5, 7, 8, 9, 11, 14, 16, 17 i 18 uzasadnienia odwołania, z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez Zamawiającego oraz wobec niewniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego – (...), który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego (punkt 1 wyroku).

W punkcie 3. wyroku, KIO uwzględniła odwołanie (...) w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 2, uzasadnienia odwołania i nakazała Zamawiającemu:

3.1 - zmianę nazwy Załącznika 9 w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

3.2 - wprowadzenie w Załączniku 9 do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmian polegających na:

a) określeniu dotychczasowej treści jako części A – Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

b) wprowadzeniu części B – Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, biorących udział w teście kompetencji, zawierających następujące informacje:

i. dla testu kompetencji technicznych – imię i nazwisko takiej osoby, wskazanie jednostki zadaniowej lub jednostek zadaniowych oraz podstawę dysponowania;

ii. dla testu kompetencji biznesowych – imię i nazwisko takiej osoby oraz podstawę dysponowania;

3.3 - wskazanie w pkt 7.3.3.11 i 7.3.4.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że:

a) udział w Testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w części B Załącznika 9 do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

b) w obiektywnie uzasadnionych przypadkach (np. choroba, zdarzenie losowe, rozwiązanie umowy będącej podstawą do dysponowania) Wykonawca jest uprawniony do dokonania zmian w składzie zespołu wskazanego w części B Załącznika 9 do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3.4 - dodanie Załącznika 13a do Umowy – Osoby wskazane w części B Załącznika 9 do SIWZ, jako punkt wyjścia zamawiający powinien przyjąć propozycję wzoru ww. załącznika podaną w pkt 4 str. 9 odwołania;

3.5 - dodanie w Umowie w art. 5 nowego ustępu lub fragmentu o treści:

Jeżeli w okresie obowiązywania Dokumentów kontraktowych Wykonawca zamierza zmienić członka Personelu Wykonawcy wskazanego w Załączniku 13a, wówczas przynajmniej 14 dni przed dopuszczeniem do prac nowej osoby Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu jej imię, nazwisko oraz oświadczyć, że osoba ta posiada taką samą wiedzę jak osoba, którą ma zastąpić.

Nowy członek Personelu Wykonawcy musi legitymować się wiedzą nie gorszą niż osoba zastępowana. Zamawiający podda weryfikacji nowy skład Personelu w zakresie tych Jednostek zadaniowych lub kompetencji biznesowych, w których brała udział osoba, która została zastąpiona. Weryfikacja będzie miała na celu ustalenie, czy nowy skład zaliczy test kompetencji w zakresie jednostek zadaniowych lub kompetencji biznesowych, w których brały udział osoby, które zostały zastąpione. Zaliczenie testu jest warunkiem akceptacji zmiany składu personelu;

3.6 - dodanie w Umowie w art. 8 ust. 1 pkt 8 i ust. 2 pkt 2 po słowach Załącznika 13, słów oraz w Załączniku 13a;

W pozostałym zakresie odwołanie (...) zostało oddalone (punkt 4. wyroku). Kosztami postępowania odwoławczego (sygn. akt (...)) obciążono (...) w części 7/8 oraz Zakład Ubezpieczeń Społecznych w części 1/8 (punkt 7. wyroku)

Ponadto, w poniższych punktach wyroku:

7.1 - zaliczono na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł, uiszczoną przez (...) tytułem wpisu od odwołania;

7.2 - zasądzono od (...) na rzecz ZUS kwotę 1.275,00 zł, stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Wyrok KIO w zakresie punktów 2, 5, 6 i 8 dotyczył wyłącznie (...) i nie będzie przedmiotem uzasadnienia Sądu Okręgowego.

(...) w odwołaniu, zarzuciło ZUS naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;

2. art. 29 ust. 1 Pzp przez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

3. art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie obowiązków wykonawcy w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencją;

4. art. 91 ust. 2c i 2d Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie pozacenowych

kryteriów oceny ofert w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia i w sposób uniemożliwiający ich należyłą weryfikację oraz z naruszeniem zasady przejrzystości;

5. art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego (zwanego dalej: „k.c.”), art. 484 § 2 k.c., art. 353 1 k.c. w z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp przez określenie wysokości kary umownej rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia i oderwanej od wartości potencjalnej szkody zamawiającego;

6. art. 471 k.c., art. 473 k.c., art. 353¹ k.c. w z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez określenie odpowiedzialności wykonawcy niezgodnie z zasadami odpowiedzialności kontraktowej oraz zasadą swobody umów;

7. art. 140 ust. 1 Pzp i art. 144 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp związku z art. 2 pkt 13 Pzp przez wymaganie, aby część usług świadczona była nieodpłatnie;

8. art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych przez naruszenie zasady, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków;

9. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z ww. przepisami przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości;

10. art. 22 ust. 1a Pzp przez określenie wymagań dla Personelu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że szczegółowe przypisanie naruszenia przepisów prawa zostało dokonane w uzasadnieniu odwołania, osobno w każdym zarzucie.

(...) oczekiwało uwzględnienia odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu przez zmianę wskazanych zapisów w sposób podany w odwołaniu – szczegółowo w każdym zarzucie.

Odwołujący wskazał m.in., że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia SIWZ powodują, że odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia.

Wskazał także, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu. Gdyby zaś nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SIWZ, mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie, a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez zamawiającego przedmiotowej treści SIWZ uniemożliwia mu udział w postępowaniu.

Zarzut nr 1 odwołania:

Dotyczył niewystarczających postanowień SIWZ w zakresie Infrastruktury techniczno-systemowej – brak załącznika do SIWZ, nowy art. 4 ust. 5 Umowy, Załącznik nr 1 do Umowy: „Infrastruktura techniczno-systemowa”.

W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem Umowy jest świadczenie Usług, które zostały szczegółowo określone w Załącznikach 6-10. Warunkiem koniecznym świadczenia Usług jest zapewnienie przez ZUS Infrastruktury techniczno-systemowej, z wykorzystaniem której Usługi są świadczone.

W chwili wnoszenia odwołania brak było takiego zapewnienia w SIWZ. Jest to oczywisty brak SIWZ, stanowiący naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia nie obejmuje dostawy żadnego sprzętu

– SIWZ nie wymaga od wykonawcy dostawy urządzeń czy też zapewnienia jakiegokolwiek infrastruktury (nie ma takich elementów przedmiotu zamówienia).

Z drugiej zaś strony brak jest w Umowie potwierdzenia przez Zamawiającego, że zapewniana przez niego Infrastruktura techniczno-systemowa jest wystarczająca do dochowania – zdecydowanie bardziej rygorystycznych niż obecne – wymagań zamawiającego wobec poziomu Usług (SLA), stanowiących przedmiot Umowy.

Takie zapewnienie zdaniem (...) jest konieczne, gdyż w przypadku braku jakichkolwiek regulacji w tym zakresie – jak to ma miejsce obecnie – wykonawca nie wie, jaką Infrastrukturę techniczno-systemową zamawiający przeznacza na potrzeby realizacji Umowy.

(...) podkreślało, że Zamawiający istotnie zmienił zarówno zakres usług objętych Umową w stosunku do usług świadczonych na podstawie obecnie obowiązujących umów, jak i wymagania co do poziomu ich świadczenia (SLA). Wykonawcy nie wiedzą jednak, czy zapewniana przez Zamawiającego Infrastruktura techniczno-systemowa jest wystarczająca dla świadczenia usług zgodnie z Umową, w tym w szczególności czy jest wystarczająca dla dochowania bardzo restrykcyjnych parametrów świadczenia usług.

Wskazano także, że w poprzednim postępowaniu Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że nie oczekuje dostarczania żadnych elementów sprzętowych przez wykonawcę. Wobec braku odmiennych zapisów w obecnym SIWZ oraz wobec treści Formularza ofertowego uwzględniającego wyłącznie świadczenie usług należy wnioskować, że także w ramach niniejszego postępowania całość Infrastruktury techniczno-systemowej jest zapewniana przez Zamawiającego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o dokonanie zmian w SIWZ:

1) W artykule 4 Umowy dodanie nowego ustępu 5 o treści:

5. Zamawiający oświadcza, że Infrastruktura techniczno-systemowa zapewniana przez Zamawiającego umożliwi realizację przedmiotu Umowy zgodnie z wymaganiami Umowy, w szczególności z wymaganiami określonymi w Załącznikach 6-10;

2) Zmianę definicji w Załączniku 1 do Umowy:

Infrastruktura techniczno-systemowa (ITS) - Powiązane funkcjonalnie elementy: sprzęt komputerowy i peryferyjny, sieci lokalne, sieci zasilające odbiorcze oraz sieć rozległa, wraz z odpowiednim oprogramowaniem systemowym i narzędziowym, w tym oprogramowaniem do zarządzania sieciami. ITS zapewniany jest przez Zamawiającego na poziomie dostępności i wydajności, umożliwiającym świadczenie Usług na warunkach określonych w Umowie.

3) Dołączenie do SIWZ (jako załącznik do Umowy) załącznika Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, wskazanego w Umowie o poufności (Załącznik nr 12 do SIWZ) jako elementu przedmiotu zamówienia dostępny w trybie tylko do odczytu.

Odwołujący wskazał, że załącznik Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych stanowi obecnie element Opisu Przedmiotu Zamówienia, a nie jest możliwe jego pobranie i powoływanie się na ten dokument na etapie realizacji Umowy.

Zarzut nr 4 odwołania

Odnosił się do braku weryfikacji obecnych wykonawców w okresie przejściowym, w zakresie usług, których obecnie nie realizują – art. 17 ust 11 Umowy. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w art. 17 „Przejęcie usług” w ust. 1-10 uregulował zasady przejścia usług, które będą stosowane wobec wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa.

Etap przejścia usług dzieli się na 4 podstawowe części:

- Opracowanie, przedstawienie i zatwierdzenie Koncepcji,
- Transfer wiedzy (powinien zawierać w szczególności plan pozyskiwania kompetencji),
- Weryfikacja Kompetencji,
- Przejmowanie Usług.

Według Odwołującego, Zamawiający uregulował szczegółowo etap Transferu Wiedzy, który ma polegać na nabyciu przez wykonawcę wiedzy od Zamawiającego oraz od dotychczasowego wykonawcy. Po tym etapie zamawiający ma dokonać weryfikacji i dopiero po jej pozytywnym wyniku – następuje etap Przejęcia Usług.

Jednocześnie w ust. 11 Zamawiający wprowadził wyjątek: szereg szczegółowych regulacji w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta z jednym dotychczasowych wykonawców - tj. z nim lub z konsorcjum (...):

11. W przypadku, gdy Umowa zostanie zawarta z jednym z dotychczasowych wykonawców Umów na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS:

- 1) rozpoczęcie świadczenia Usług przypisanych do Etapu I nastąpi nie później niż w terminie 90 dni od Dnia zawarcia Umowy,
- 2) rozpoczęcie świadczenia Usług przypisanych do Etapu II będzie uwzględniało okres obowiązywania dotychczasowej umowy dotyczącej wsparcia utrzymania wyłącznie usług przypisanych do Etapu II, z zastrzeżeniem ust. 1 pkt 2 lit e),
- 3) Koncepcja, o której mowa w ust 1, przygotowana przez Wykonawcę, nie będzie obejmować Metodyki, a Harmonogram nie będzie uwzględniał etapów Transferu Wiedzy oraz Weryfikacji Kompetencji Wykonawcy,
- 4) Koncepcja, o której mowa w pkt 3), będzie przedstawiona przez Wykonawcę w terminie 2 tygodni od Dnia zawarcia Umowy,
- 5) Zamawiający nie będzie przeprowadzał weryfikacji kompetencji Wykonawcy, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku 3,
- 6) art. 17 ust 5-8 nie stosuje się. Pozostałe postanowienia art 17 stosuje się odpowiednio.

Zdaniem (...), ZUS zrezygnował z etapu Transferu Wiedzy oraz Weryfikacji Kompetencji Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego było to zupełnie niezrozumiałe. Wyjaśnił, że Zamawiający sam wielokrotnie podkreśla w SIWZ, że KSI ZUS jest systemem, który podlega ciągłemu rozwojowi. W związku z tym w każdym przypadku, gdy nie ma ciągłości świadczenia usług, niezbędne jest zapoznanie się przez wykonawcę z systemem informatycznym oraz przejście pozytywnej weryfikacji przez zamawiającego.

Dalej wskazywano, że dobra praktyka funkcjonująca na rynku IT jest taka, że okres przejściowy, transfer wiedzy i weryfikacja nie są wymagane przez zamawiającego jedynie w przypadku, gdy nowa umowa zawierana jest z dotychczasowym wykonawcą. Skoro obecnie żaden z wykonawców nie świadczy całości usług objętych przedmiotem zamówienia nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający w sposób nieuzasadniony preferuje czy to odwołującego, czy to Konsorcjum (...).

Zamawiający powinien zawsze przewidzieć w SIWZ stosowanie tych samych zasad wobec wszystkich potencjalnych wykonawców. Pomimo iż Zamawiający jest świadom ważności etapów Transferu Wiedzy i Weryfikacji Kompetencji oraz pomimo iż uznał, że podmiot, który nie zaliczy testów kompetencji nie może zostać dopuszczony do świadczenia usług – obecnie zrezygnował z zastosowania takiego rozwiązania wobec Odwołującego i Konsorcjum (...).

Powyższa więc regulacja naruszała art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp – Zamawiający wprowadza zasady, które wprost uprzywilejowują pewną grupę potencjalnych wykonawców w sytuacji, gdy nie znajduje to uzasadnienia w stanie faktycznym postępowania. Przedmiotowa wada skutkuje też tym, że postępowania prowadzone jest z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i proporcjonalności.

Odwołujący podkreślił, że jego zdaniem postanowienia art. 17 ust. 11 Umowy w obecnym brzmieniu w sposób nieuzasadniony preferują tylko dwóch spośród wielu potencjalnych wykonawców. Taki stan może doprowadzić do unieważnienia postępowania w przyszłości, czy wręcz do stwierdzenia nieważności umowy już po jej zawarciu.

Odwołujący uważał, że jest w jego interesie likwidacja takich ryzyk. Stąd też posiada interes w domaganiu się likwidacji przez Zamawiającego stanu preferowania niektórych wykonawców, nawet jeżeli preferowanie do miałyby dotyczyć jego samego – odwołujący nie może sobie pozwolić na postawienie w przyszłości zarzutu, że zawarto z nim umowę z naruszeniem Pzp.

Odwołujący uważał, że zasady Pzp określone w art. 7 ust. 1 Pzp są nadrzędnymi zasadami, których przestrzeganie powinno być badane na każdym etapie postępowania. Zamawiający dopuszcza, aby cena oferty dwóch wykonawców była niższa niż cena ofert innych wykonawców. Można wręcz powiedzieć, że dąży do tego, aby oferty złożyli wyłącznie dwaj obecni wykonawcy. Jest to z pewnością działanie niekonkurencyjne.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o zmianę art. 17 ust. 11 Umowy przez wykreślenie pkt 3 i 5.

Zarzut nr 10 odwołania

Dotyczył definicji:

Incydent krytyczny, Incydent niski, Incydent średni wsad i Incydent VIP – załącznik 1 do Umowy. W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w Załączniku 1 „Definicje” zawarł definicję pojęcia „Incydent”, a dla pojęć: Incydent krytyczny, Incydent niski, Incydent średni wsad i Incydent VIP określił tylko swoje uprawnienia do jednostronnego, oderwanego od obiektywnych uwarunkowań decydowania o kwalifikacji Incydentu do danej kategorii.

Treść Załącznika 1 w tym zakresie była następująca:

Incydent – każde zdarzenie nie będące częścią prawidłowego działania Usługi IT lub Produktów/Produktów innych wykonawców, które powoduje lub może powodować przerwę w dostarczaniu Usługi IT lub obniżenie jakości Usługi IT, w szczególności spowodowane Błędem

Incydent krytyczny - Poziom świadczenia Usługi serwisowej: Incydent krytyczny wsad lub Incydent krytyczny interakcja lub Incydent krytyczny portale.

Zamawiający decyduje o poziomie świadczenia Usługi serwisowej z uwzględnieniem limitów.

Limity Zgłoszeń na poziomie świadczenia Usługi serwisowej Incydent krytyczny, tygodniowo (poniedziałek-piątek): 10 łącznie dla Usług serwisowych (...) dla Usług określonych w Załączniku 8

(...)dla Usług określonych w Załączniku 7.

Incydent niski - Poziom świadczenia Usługi serwisowej: Incydent niski wsad, Incydent niski interakcja, Incydent niski portale.

W przypadku Usługi serwisowej (...)

Zamawiający na każdym etapie obsługi Zgłoszenia może podnieść poziom świadczenia Usługi serwisowej z Incydent niski wsad do Incydent średni wsad, z

uwzględnieniem limitu dla poziomu świadczenia Usługi serwisowej incydent średni wsad.

Incydent średni wsad - Poziom świadczenia Usługi serwisowej (...)

Zamawiający na każdym etapie obsługi Zgłoszenia może podnieść poziom świadczenia Usługi serwisowej z Incydent niski wsad do Incydent średni wsad, z uwzględnieniem limitu. Limit Zgłoszeń na poziomie świadczenia Usługi serwisowej (...)

(...) -5 tygodniowo (poniedziałek-piątek).

Incydent VIP – Poziom świadczenia Usługi serwisowej (...) dla Zgłoszeń do Usługi (...), dotyczących obsługi klientów strategicznych zakładu, wiążących się z wizytami u klienta. Limit Zgłoszeń na poziomie świadczenia Usługi serwisowej (...) - 10 miesięcznie (miesiąc kalendarzowy).

W ocenie Odwołującego, tylko dla pojęcia Incydent, Zamawiający określił, co jest Incydem – każde zdarzenie nie będące częścią prawidłowego działania Usługi IT lub Produktów/Produktów Innych wykonawców.

Odnośnie pozostałych pojęć ZUS nie zawarł żadnych definicji. Zamawiający – zamiast określić przesłanki uznania poszczególnych Incydentów za krytyczne, średnie, niskie i VIP – wskazał, że Incydem krytycznym będzie to, co zamawiający uzna za taki incydent. Jest to klasyczny przypadek czystej uznaniowości zamawiającego w kształtowaniu zobowiązań umownych wykonawcy. Zamawiający jako Incydent krytyczny może wskazać Incydem, którego przyczyna tkwi w działaniach czy zaniechaniach ZUS. Jest to oczywiście sprzeczne z przepisem art. 433 pkt 3 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Definicje krytyczności Incydentów (określające poziom świadczenia usługi serwisowej) są niezbędne do obiektywnej oceny przez strony krytyczności zgłoszenia Incydem. Tymczasem Zamawiający nie zdefiniował poszczególnych rodzajów Incydentów, a jedynie wskazał, że sam będzie określał ich status. Zdaniem (...), ZUS nie starał się ukrywać tego faktu. Brak odpowiedniej definicji incydem krytycznego wpływa wprost na możliwość ukarania wykonawcy przez Zamawiającego – i to zupełnie niezależnie od jakiegokolwiek działania czy zaniechania wykonawcy. Zamawiający może karać wykonawcę za samo wystąpienie Incydem krytycznego.

Odwołujący przypomniał, iż kwestia ta była już przedmiotem sporu pomiędzy stronami – w ramach odwołania i skargi na niezgodną z prawem czynność sformułowania przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych postanowień SIWZ. Rację przyznano Odwołującemu – Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 19 grudnia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 780/16 między innymi nakazał ZUS szczegółowe zdefiniowanie pojęć "incydent niski", "incydent średni", "incydent krytyczny". Sąd Okręgowy uznał, że są to pojęcia niezmiernie istotne dla określenia zobowiązań wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący zawnioskował o wprowadzenie prawidłowych definicji Incydem krytycznego, Incydem niskiego, Incydem średniego oraz Incydem VIP.

Odwołujący – za ww. wyrokiem Sądu Okręgowego nie chciał narzucać Zamawiającemu tych definicji, zgadzając się z poglądem Sądu, iż to Zamawiającemu przysługiwać powinna możliwość ułożenia definicji, zaś gdyby definicje te były wadliwe, to zawsze służyć będą wykonawcy środki ochrony prawnej przewidziane w Pzp.

Odwołujący alternatywnie wskazał, że w poprzednich postępowaniach dotyczących systemu KSI ZUS Zamawiający sformułował definicje przedmiotowych pojęć, które powinny znaleźć zastosowanie w niniejszym postępowaniu – przykład takich definicji został podany w odwołaniu.

Zarzut nr 12 odwołania

Dotyczył braku wypełnienia Rejestrów – Dodatki A, B, i C do załącznika 5 do Umowy.

Odwołujący w związku z tym zarzutem wskazał, że ZUS w Załączniku 5 do Umowy w pkt 1.11 określa termin, zakres oraz warunki przypisania wykonawcy odpowiedzialności za

elementy KSI ZUS w sposób następujący:

1.11. Inicjalna zawartość następujących dokumentów:

1.11.1. Rejestru elementów architektury oprogramowania KSI ZUS,

1.11.2. Rejestru elementów architektury danych KSI ZUS,

1.11.3. Rejestru elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej KSI ZUS
zostanie przedstawiona jako dodatki A, B i C do niniejszego dokumentu w dniu podpisania Umowy i będzie miała charakter wiążący dla Stron (konstytutywny).

Odwołujący stwierdził, że SIWZ nie precyzuje wykazu elementów architektury KSI ZUS, do których odpowiedzialność w Rejestrze elementów architektury oprogramowania KSI ZUS, Rejestrze elementów architektury danych KSI ZUS, Rejestrze elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej KSI ZUS będzie przypisana wykonawcy w dniu podpisania Umowy.

Na podstawie przytoczonych zapisów (...) wskazało, że na etapie sporządzenia oferty nie jest w stanie określić zakresu swoich zobowiązań w odniesieniu do architektury KSI ZUS – nie wiadomo, do których elementów architektury KSI ZUS odpowiedzialność wykonawcy będzie przypisana w zakresie: „Podmiot Łącznych Usług Utrzymania”, „Serwis Oprogramowania”, „Podstawa Serwisu Oprogramowania”, „Odpowiedzialny za serwis naprawy danych” a do których „Podmiot odpowiedzialny z administracją”.

Zamawiający w sposób otwarty określa zobowiązania wykonawcy, a właściwie – w pewnym zakresie w ogóle tych zobowiązań nie określa wskazując, że określi je arbitralnie w dniu zawarcia Umowy. Dodatkowo Zamawiający w pkt 1.11 Załącznika 5 do Umowy określa moment rozpoczęcia odpowiedzialności na dzień podpisania Umowy, a nie na Dzień rozpoczęcia świadczenia Usług, w którym to zgodnie z jego definicją następuje rozpoczęcie świadczenia przez wykonawcę usług utrzymania.

Taki zapis oznacza, że już od dnia podpisania Umowy wykonawca:

- zgodnie z dodatkiem A będzie przypisany do świadczenia „Serwisu Oprogramowania”;
- zgodnie z dodatkiem B będzie „Odpowiedzialny za serwis naprawy danych”;
- zgodnie z dodatkiem C będzie wskazany jako „Podmiot odpowiedzialny z administracją” elementów architektury KSI ZUS.

Powyższe stoi w sprzeczności z innymi postanowieniami SIWZ, np. art. 16 ust. 3 Umowy, z którego wynika, że:

Okres świadczenia Usług wynosi maksymalnie 65 miesięcy, z zastrzeżeniem art. 12 ust. 2 pkt 1, przy czym rozpoczyna bieg od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług. Świadczenie Usług podzielone jest na dwa etapy:

Etap I – maksymalnie 17 miesięcy (początek etapu liczony jest od Dnia rozpoczęcia świadczenia pierwszej z Usług przejętej w ramach Etapu I).

Etap II – 48 miesięcy (początek etapu liczony jest od dnia rozpoczęcia świadczenia pierwszej z Usług przejętej w ramach Etapu II). Przypisanie Usług do Etapów określone jest w Załączniku 11.

Ponadto, w pkt 1.12 Załącznika 5 Zamawiający określa, w jaki sposób po terminie rozpoczęcia świadczenia Usług przez wykonawcę, zamierza jednostronnie zmieniać zakres jego zobowiązań:

1.12. Zmiany w Rejestrach mają charakter deklaratoryjny i będą odzwierciedlały zmiany, wynikające z czynności, o których mowa w rozdziale III ust 6 lit a) Załącznika 2.

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

Ponadto (...) wyjaśniło, że skutek takiego nieostrego opisanie przedmiotu zamówienia jest dla niego bardzo poważny wobec faktu, że SIWZ nie określa w sposób zamknięty zakresu obowiązków wykonawcy, odwołujący nie jest w stanie ani w sposób należyty sporządzić oferty, ani też nie jest w stanie wycenić swoich usług, ani oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

W efekcie, przy obecnym brzmieniu SIWZ Odwołujący wskazał, że nie jest w stanie złożyć wiążącej i profesjonalnej oferty. Wskazane postanowienia SIWZ naruszają zatem także obowiązek zamawiającego uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Pzp).

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o jednoznaczne określenie zakresu zobowiązań wykonawcy wynikających z ppkt 1.11.1., 1.11.2. i 1.11.3. Załącznika 5 do Umowy poprzez uzupełnienie wartościami przewidywanymi na dzień zawarcia Umowy lub wartościami obowiązującymi na dzień publikacji SIWZ:

- Dodatku A - Zawartość Rejestru elementów architektury oprogramowania KSI ZUS do Załącznika 5 do Umowy i wskazanie usług Wykonawcy, za pomocą których mają być realizowane jego zobowiązania w odniesieniu do poszczególnych elementów architektury oprogramowania KSI ZUS;
- Dodatku B - Zawartość Rejestru elementów architektury danych KSI ZUS do Załącznika 5 do Umowy i przypisanie zobowiązań Wykonawcy w stosunku do elementów architektury danych KSI ZUS;
- Dodatku C - Zawartość Rejestru elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej KSI do Załącznika 5 do Umowy i przypisanie zobowiązań Wykonawcy w stosunku do elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej.

Zarzut nr 13 odwołania

Dotyczył nieprawidłowo zdefiniowanego procesu obsługi Zgłoszeń – Załącznik 9 do Umowy. Odwołujący w związku z tym zarzutem wskazał, że w Załączniku 9 do Wzoru Umowy zamawiający określił zasadą liczenia czasu obsługi zgłoszenia dla Usług serwisowych: Obsługa Incydentów usług wsadowych, Obsługa Incydentów usług interakcyjnych, narzędzi i procesów oraz usług biznesowych, Obsługa Incydentów usług portalowych.

Odwołujący wskazał, że na rynku usług IT stosowane są dwa alternatywne modele przekazywania wykonawcy danych niezbędnych do obsługi incydentów:

1. w pierwszym z nich, zgłoszenie incydentu rejestrowane przez Zamawiającego nie musi zawierać kompletu danych niezbędnych do jego rozwiązania – wystarczające są symptomy zaobserwowane przez użytkownika końcowego. W toku obsługi zgłoszenia wykonawca,

zadając kolejne pytania i wnioskując o dodatkowe dane niezbędne do ustalenia przyczyn incydentu, dokonuje diagnozy i przygotowuje rozwiązanie;

2. drugim/alternatywnym, zgłoszenie incydentu rejestrowane przez zamawiającego powinno spełniać precyzyjne kryteria kompletności zapewniające, że zostały dostarczone wszelkie dane niezbędne do diagnozy i rozwiązania zgłoszenia (np. dane od użytkowników, logi aplikacyjne, logi systemowe itp.). Dopiero tak przygotowane zgłoszenie spełnia kryteria

przyjęcia do obsługi przez wykonawcę. W tej sytuacji część procesu diagnostycznego obejmującą konieczność ustalenia zakresu niezbędnych do dalszej obsługi danych obciąża de facto Zamawiającego.

(...) wyjaśniało, że dotychczasowe umowy na utrzymanie systemu KSI ZUS stosowały model obsługi, w którym zgłoszenie pochodzi w większości przypadków od użytkowników końcowych. Zgłoszenia takie co do zasady nie zawierają kompletnych danych niezbędnych do ich obsługi – zgłaszający najczęściej opisuje jedynie bezpośrednio zaobserwowane symptomy nieprawidłowego działania systemu. Zgłoszenia są przyjmowane do obsługi przez wykonawcę niezależnie od jakości i kompletności opisu, a w toku ich obsługi przyczyna błędu ustalana jest poprzez pozyskiwanie niezbędnych danych i informacji. Proces ten jest sterowany przez wykonawcę, przy czym ciężar decyzji o kierunkach procesu diagnostycznego leży po stronie wykonawcy, a czas pozyskiwania niezbędnych danych – będący poza kontrolą wykonawcy – nie wlicza się do czasu obsługi zgłoszenia.

Tym samym w dotychczasowych umowach czas obsługi zgłoszenia obejmuje tylko i wyłącznie działania wykonawcy, za które może ponosić on pełną odpowiedzialność. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że w tak złożonym systemie informatycznym, jakim jest KSI ZUS, istnieją incydenty wymagające w toku diagnozy lub naprawy wielokrotnej interakcji z użytkownikiem po stronie zamawiającego (tzw. naprawy wieloetapowe, w czasie których kolejne działania wykonawcy i zamawiającego muszą być ze sobą ściśle skoordynowane). Ostateczny termin naprawy w takich przypadkach zależy od zaangażowania obydwu stron procesu. Nadmienić należy również, że proces ten zależy od dostępności pracowników zamawiającego, w tym osoby zgłaszającej – na co wpływają np. urlopy, zwolnienia lekarskie, godziny pracy.

Również charakterystyka przetwarzania w systemie, w tym duży udział przetwarzania wsadowego, powoduje, że niektóre dane diagnostyczne dostępne są dopiero po zakończeniu danego cyklu przetwarzania wsadowego realizowanego zgodnie z harmonogramem przetwarzania, a pozyskanie informacji możliwe jest dopiero po zakończeniu tych procesów, czyli np. kolejnego dnia roboczego lub po zakończeniu okresu sprawozdawczego. Oba przywołane powyżej przypadki wskazują, że na czas obsługi zgłoszenia składają się zarówno działania zależne od wykonawcy, jak i takie na które wykonawca nie ma żadnego wpływu.

W ocenie Odwołującego zastosowanie przez Zamawiającego tylko korzystnych dla siebie mechanizmów z dwóch modeli obsługi zgłoszeń prowadzi do rażącej dysproporcji zobowiązań stron. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do podania kompletnych danych w zgłoszeniu incydentu, a wykonawca – zmuszony w takiej sytuacji do dopytywania o dane niezbędne do obsługi zgłoszenia – będzie karany za niedochowanie terminu usunięcia incydentu.

Taki model pozwala Zamawiającemu najpierw zarejestrować zgłoszenie jako krytyczne (do którego naprawy wykonawca jest zobowiązany w czasie 4 lub 6 godzin) przy jednoczesnym podaniu minimalnych i niewystarczających do naprawy informacji, a następnie obciążyć wykonawcę sankcją z tytułu niedotrzymania SLA – przy czym rzeczywistą podstawą faktyczną braku terminowej obsługi będą zaniechania po stronie personelu ZUS.

Obecna konstrukcja odpowiedzialności wykonawcy w przypadku Zgłoszenia, które nie spełnia minimalnych nawet wymagań co do opisu Incydentu, stoi w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności kontraktowej zgodnie z prawem cywilnym. Narusza to art. 471 k.c. i przekracza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ k.c.

Odwołujący wskazał także, że obecne brzmienie SIWZ w przedmiotowym zakresie jest także niezgodne z określonym w art. 29 ust. 1 Pzp obowiązkiem opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Uwzględniających wszystkie wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem wykonawca nie może obecnie przewidzieć, ile zajmie mu usunięcie danego Incydentu, gdyż nie wie, jaki zakres informacji będzie otrzymywał od zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o modyfikację zapisów Załącznika 9 przez:

1. zastosowanie do rozwiązywania incydentów na wszystkich poziomach obsługi zgłoszeń mechanizmu stosowanego dotychczas, tj. pozwalającego na zatrzymanie czasu obsługi zgłoszenia na czas pozyskiwania danych niezbędnych do diagnostyki i naprawy w takim zakresie, w jakim nie jest to zależne od działań wykonawcy. Odwołujący podał przykład takiego rozwiązania;

albo:

2. wprowadzenie minimalnej obowiązkowej treści zgłoszenia, jako warunku koniecznego do przyjęcia zgłoszenia do obsługi przez wykonawcę. Zgłoszenie takie powinno obejmować szczegółowy opis zdarzenia wraz z kompletem danych, w szczególności: dane od użytkownika, zrzuty ekranów, logi aplikacyjne, logi systemowe, wyciągi z zawartości bazy danych dotyczące przedmiotu zgłoszenia, a także sposób odtworzenia sytuacji błędnej będącej przedmiotem zgłoszenia. Są to dane niezbędne do kompletnej diagnozy oraz dostarczenia rozwiązania przez wykonawcę;

3. wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy nie spełnia ono określonych powyżej warunków dot. koniecznego zakresu informacji w zgłoszeniu;

4. wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy zamawiający nie odpowiedział merytorycznie lub nie wykonał dodatkowych czynności w reakcji na przekazaną przez wykonawcę prośbę o przekazanie dodatkowych informacji bądź o wykonanie dodatkowych czynności niezbędnych do zdiagnozowania i rozwiązania Incydentu.

Odwołujący przesłał kolejne pismo procesowe z dnia 14 maja 2020 r., w którym odniósł się do modyfikacji SIWZ dokonanej przez Zamawiającego 3 kwietnia 2020 r., w kontekście poszczególnych zarzutów odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 26 maja 2020 r. Zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wskazał m.in.

W skutek dokonanej przez niego w dniu 3 kwietnia 2020 r. modyfikacji postanowień SIWZ w tym wzorze Umowy i jej załączników (pismo nr (...)) część zapisów będących podstawą formułowanych przez Odwołującego zarzutów uległa całościowej lub częściowej modyfikacji.

Zamawiający zwrócił uwagę, że czynność modyfikacji postanowień SIWZ w tym wzorze Umowy i jej załączników jest skuteczna z chwilą podania do publicznej wiadomości (opublikowania).

Z momentem modyfikacji przestają obowiązywać poprzednie postanowienia SIWZ. Tym samym w chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą mamy do czynienia z innym stanem faktycznym, niż w chwili wniesienia odwołania. Oznacza to, że zarzuty oparte na poprzednio obowiązujących postanowieniach SIWZ po dokonaniu ich modyfikacji straciły swoją aktualność prowadząc do upadku podstawy faktycznej zarzutów i stały się bezprzedmiotowe.

Zamawiający wskazał, iż jego działanie polegające na zmianie SIWZ po terminie wniesienia odwołania jest nie tylko uzasadnione ekonomiką postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również jest w pełni zgodne z przepisami prawa.

Zamawiający, odnosząc się do każdego z ww. zarzutów odwołania wskazał:

W zakresie zarzutu nr 1

Zamawiający ocenił go za całkowicie niezrozumiały i bezpodstawny. Wyjaśnił, że nie nastąpiła w tym zakresie żadna zmiana w stosunku do warunków świadczenia usług w latach poprzednich. Infrastruktura techniczno-systemowa, na której świadczone są usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS, pozostaje w dyspozycji Zamawiającego.

W zakresie obowiązków wybranego wykonawcy jest zapewnienie po swojej stronie ITS deweloperskiego i weryfikacji kodów źródłowych. Kwestia ta nie budziła wątpliwości wykonawcy, w tym odwołującego świadczącego od 20 lat usługi objęte przedmiotem zamówienia. Dodatkowo wskazał, że w celu usunięcia wszelkich wątpliwości zmodyfikował w dniu 3 kwietnia 2020 r. definicję zawartą w Załączniku 1 do wzoru Umowy nadając jej następujące brzmienie (**Modyfikacja nr 33**):

Infrastruktura techniczno-systemowa (ITS):

Powiązane funkcjonalnie elementy: sprzęt komputerowy i peryferyjny, sieci lokalne, sieci zasilające odbiorcze oraz sieć rozległa, wraz z odpowiednim oprogramowaniem systemowym i narzędziowym, w tym oprogramowaniem do zarządzania sieciami, pozostająca w dyspozycji Zamawiającego.

Ze zmodyfikowanej definicji jednoznacznie wynikało, w ocenie Zamawiającego, że ITS jest w dyspozycji Zamawiającego. Następnie ZUS wyjaśnił, że w **kolejnym odwołaniu złożonym w dniu 10 kwietnia 2020 r.**, (...) jednak dalej twierdziło, że z SIWZ nie wynika w sposób dostateczny, że usługi co do zasady są realizowane na ITS Zamawiającego.

W celu usunięcia kolejnych wątpliwości, ZUS wskazał, że dodatkowo uzupełnił definicję ITS poprzez dodanie po „pozostające w dyspozycji Zamawiającego” zapisu „i udostępnione przez Zamawiającego” (**modyfikacja nr 88 z dnia 20 maja 2020 r.**).

W ocenie ZUS ta modyfikacja odpowiada na wszelkie wątpliwości odwołującego wyrażone w odwołaniu.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że w dniu 3 kwietnia 2020 r. zmodyfikował postanowienia art. 3 ust. 3 Umowy dodając pkt 4 i 5 oraz dodatkowo zmodyfikował Rozdział 5 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, pkt 5.7 SIWZ. Zmiany te miały charakter jedynie doprecyzowujący istniejące w SIWZ postanowienia. Celem ich było literalne wskazanie na obowiązek uwzględniania w cenie oferty wynikającej z treści SIWZ konieczności posiadania ITS przez wykonawcę w zakresie Środowiska deweloperskiego i Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych.

Zamawiający podkreślał, iż działanie powyższe podyktowane było daleko idącą ostrożnością spowodowaną obawą, że wnioskowana zmiana definicji ITS będzie interpretowana jako wyłączenie obowiązków wykonawcy w zakresie posiadania własnego ITS. Odwołujący ma bowiem pełną wiedzę o stanie ITS ZUS i sposobie jego wykorzystania w

trakcie realizacji usługi z uwagi na wieloletnie realizacje usług. Ma również pełną wiedzę o konieczności posiadania zaplecza technicznego ITS po stronie wykonawcy.

Zamawiający uznał, że wniosek (...) o wyraźne wpisanie, że ITS jest domeną ZUS może zmierzać pośrednio do uchylecia obowiązku posiadania pewnego ITS po stronie wykonawcy poprzez uznanie, że doszło do zmiany dotychczasowych postanowień SIWZ. Kolejne odwołanie odwołującego z dnia 10 kwietnia 2020 r. utwierdziło ZUS w słuszności swoich podejrzeń.

Odrębną kwestią natomiast jest żądanie (...), aby ZUS zagwarantował w SIWZ, że posiadany przez niego ITS pozwala na świadczenie usług na warunkach określonych w Umowie. Takiej gwarancji Zamawiający dać nie mógł, jednak przewidział w Umowie mechanizm zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, jeżeli wynikałoby z powodu nieprawidłowego działania Infrastruktury techniczno-systemowej Zamawiającego (por. art. 8 ust. 4 pkt 4 Umowy).

Jednocześnie, Umowa umożliwia wykonawcy zgłaszanie zagrożeń wynikających z nieprawidłowego działania ITS Zamawiającego wpływającego na jej realizację w ramach procedury PO1.

Postanowienia Umowy w sposób wystarczający zabezpieczają, zatem wykonawcę przed ponoszeniem odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie Umowy z przyczyn związanych z nieprawidłowym funkcjonowaniem ITS.

ZUS wyjaśnił, że stan ITS jest okolicznością obiektywną. Zamawiający przez lata gromadził elementy ITS wykorzystywane w celu świadczenia usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS. Zamawiający na bieżąco uzupełnia i unowocześnia ITS w miarę potrzeb oraz możliwości budżetowych. Zakupy dokonywane są w trybie Pzp, a zatem informacja w tym zakresie jest publicznie dostępna. Zamawiający zapewnia wykonawcom celu realizacji zamówienia taki ITS jakim dysponuje.

Częściowo dysponuje nim w sposób samodzielny (niezależny), a częściowo dzierżawi od podmiotów trzecich (np. łącza telekomunikacyjne). W ocenie ZUS, udostępniany ITS pozwala na realizowanie usług zgodnie z Umową, co potwierdzają obecne doświadczenia (świadczenie usług przez dwóch wykonawców).

Gdyby jednak okazało się, że świadczenie jakiejś usługi nie jest możliwe z uwagi na fakt, że ITS jest niewystarczający – wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z tego tytułu. Wykonawca w oparciu o postanowienie art 8 ust. 4 Umowy może zwolnić się z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań w Dokumentach kontraktowych, jeżeli wadliwe wykonanie usługi będzie wynikało z niepoprawnego działania Infrastruktury techniczno-systemowej wykorzystywanej w usłudze wykonawcy.

Realizacja tego uprawnienia odbywa się zgodnie z procedurą PO1. Doświadczenie życiowe pokazało, że do tej pory wykonawcy korzystali z tego mechanizmu wielokrotnie i z sukcesem uchylali się od odpowiedzialności w sytuacjach, gdy niewykonanie usługi wynikało z przyczyn leżących po stronie ITS. Tego typu zgłoszeń jest kilkadziesiąt rocznie i ok 94% zgłoszeń było pozytywnie rozpatrywanych przez zamawiającego.

Niezrozumiałym dla ZUS było również żądanie Odwołującego dołączenia do Umowy załącznika „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”. Odwołujący jako wieloletni wykonawca usług doskonale wie, że dokument ten stanowi jedynie pewien ogólny zarys systemu KSI ZUS. Brak jest w nim danych szczegółowych i wrażliwych z uwagi na bezpieczeństwo funkcjonowania państwa. Po zawarciu Umowy i w ramach realizacji okresu przejściowego zamawiający nada wykonawcy uprawnienia do pewnych zasobów ZUS, w tym m.in. do:

- Repozytorium;
- Katalogu Usług IT, w tym bazy konfiguracji;
- Portalu eksploatacyjnego ((...));

- Systemu Monitorowania Usług IT;

- Rejestrów.

Dokumenty oraz informacje zgromadzone na tych zasobach znacznie bardziej kompleksowo opisują KSI ZUS. Wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie miał zatem dostęp do pełnej dokumentacji KSI ZUS, więc dokument Opis KSI nie będzie miał wówczas istotnego znaczenia. O powyższym wprost świadczy postanowienie § 12 ust. 8 Umowy. Zamawiający wskazał jednocześnie, że odwołujący nie zakwestionował tego postanowienia Umowy. Tym samym (...) godziło się z tym, że nie jest możliwe opisanie KSI ZUS na jeden konkretny moment i zamrożenie tego opisu na etap realizacji Umowy.

Usługi stanowiące przedmiot zamówienia zostały opisane w sposób kompleksowy i wyczerpujący, zgodny z podejściem usługowym tworzenia umów opartych o SLA. KSI ZUS jest jednak systemem dynamicznym, zmieniającym się w sposób ciągły, dostosowując się do zmieniających się potrzeb zamawiającego (nowelizacje ustaw, waloryzacje, rozwój i zmiany ITS itp.).

Ustalenie kształtu KSI ZUS na dzień wszczęcia postępowania i uznanie go za załącznik do Umowy wymagałoby każdorazowo zmiany tego załącznika, a tym samym aneksowania Umowy za każdym razem, gdy przestałby on odpowiadać stanowi faktycznemu, co nie jest możliwe. Zmiany KSI ZUS następują bowiem w ramach innych umów i są niezależnie od woli i zgody wykonawcy umowy utrzymania KSI ZUS, zatem nieuzasadnione byłoby załączanie ich do Umowy w ramach niniejszego postępowania, a następnie poddawanie ich procedurze uzgadniania w ramach aneksów. O tym wprost stanowi § 12 ust. 8 Umowy którego odwołujący nie zaskarżył.

Odwołujący również nie zarzucił Zamawiającemu, aby dokument „Opis KSI ZUS” był niepełny, nieprecyzyjny lub w inny sposób utrudniał przygotowanie lub złożenie oferty. Jedynym zarzutem postawionym w niniejszym odwołaniu w tym zakresie jest brak ustanowienia go załącznikiem do Umowy, co w świetle brzemienia ww. postanowienia Umowy jest bezprzedmiotowe.

Zamawiający wskazywał ponadto, że wykonawca otrzyma dostęp do tego dokumentu ale po zawarciu Umowy. Jako stronie Umowy zostaną mu przekazane wszelkie dokumenty i informacje o KSI ZUS, w tym ten dokument. Zamawiający w § 12 ust. 8 Umowy zobowiązał się do uzupełnienia w zakresie w jakim dokument opisujący, KSI ZUS uległ zmianie od dnia wszczęcia postępowania do dnia zawarcia Umowy i udostępnienia wykonawcy po zawarciu Umowy dokumentacji obrazującej wprowadzone w Opisie KSI ZUS zmiany.

Zamawiający wyjaśnił, że po zawarciu Umowy udostępni wykonawcy „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” wraz z dokumentacją obrazującą wprowadzone po wszczęciu postępowania zmiany w tym dokumencie wynikające, że zmian dokonywanych w KSI. Dla usunięcia wszelkich wątpliwości Zamawiający uzupełnił ww. postanowienie Umowy poprzez wyraźne wskazanie, że zmiany te zostaną przekazane wraz z pierwotnym Opisem KSI, do którego się odnoszą (modyfikacja nr 92 z dnia 20 maja 2020 r.).

W konsekwencji, Zamawiający stwierdził, że tak z uwagi na niezaskarżone postanowienia Umowy, które regulowały tę kwestię, specyfikę samego systemu KSI ZUS, jak ogólny charakter dokumentu „Opis KSI ZUS”, żądanie nr 3 postanowione w niniejszym zarzucie było całkowicie bezzasadne. Odwołujący bowiem nie skarżył treści załącznika, nie wskazał na jego braki, lecz żąda jedynie jego udostępnienia po dniu zawarcia Umowy, co jest uregulowane już w jej treści i nie było zaskarżone.

Zamawiający wskazał, że w piśmie datowanym na dzień 14 maja 2020 r., Odwołujący podniósł zarzuty wykraczające poza treść zarzutu postawionego pierwotnie. Żądanie „wyspecyfikowania w SIWZ elementów ITS” jest odrębne od żądania przekazania załącznika „Opisu KSI ZUS” po zawarciu umowy, a zatem zgłoszony po terminie.

W zakresie zarzutu nr 4

Zamawiający wyjaśnił, że (...) kwestionuje legalność art. 17 ust. 11 Umowy, który różnicuje sytuację prawną wykonawców obecnie świadczących usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania systemu KSI ZUS w stosunku do podmiotów, które nie posiadają żadnego doświadczenia w tym zakresie.

Zamawiający podkreślił brak interesu odwołującego w kwestionowaniu postanowienia art. 17 ust. 11 Umowy. Postanowienie to bowiem nie uniemożliwia Odwołującemu wyceny oferty, ani jej złożenia. Sam odwołujący twierdzi, że przedmiotowe postanowienie stawia go w lepszej sytuacji niż innych potencjalnych wykonawców, a rzekomy interes upatruje w potencjalnej możliwości unieważnienia postępowania.

Takie ryzyko jest całkowicie hipotetyczne, nie znajduje ono oparcia ani w przepisach art. 146 ust. 1 Pzp ani w dotychczasowych doświadczeniach. Podobne rozwiązanie Zamawiający zastosował w poprzednim postępowaniu na tożsamy przedmiot zamówienia (TZ/271/66/15).

Kluczowa różnica w ówczesnym postępowaniu w porównaniu do bieżącego polega na tym, że wówczas na rynku istniał jeden wykonawca – Odwołujący, który posiadał doświadczenie w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia.

Wobec Odwołującego, Zamawiający wówczas przewidział skrócony – 90 dniowy okres przejściowy niezawierający procesu weryfikacji kompetencji. Podczas gdy pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie musieli uwzględnić konieczność 12 miesięcznego okresu przejściowego oraz wykazania zdolności do świadczenia usługi w procesie weryfikacji kompetencji.

W ocenie Zamawiającego trudno byłoby również uznać, że rezygnacja z pełnego Okresu Przejściowego i dodatkowej weryfikacji wykonawców narusza postanowienia Pzp, w tym jej art. 29 Pzp. Każdy wykonawca, który świadczył usługi w tym samym lub zbliżonym zakresie dla zamawiającego posiada naturalną przewagę nad innymi wykonawcami. Posiada bowiem know-how, które pozwala mu uniknąć kosztów „wejścia”, które muszą uwzględnić w cenie nowi wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że jego decyzja, która zrównuje sytuację obu wykonawców obecnie świadczących usługi jest racjonalna i w pełni uzasadniona. Odwołujący i Konsorcjum (...), którzy obecnie świadczą usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania mają w pełni dostęp do wiedzy związanej z utrzymaniem KSI ZUS.

Ponadto obaj świadczą usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji przez okres ponad 12 miesięcy (a zatem dłuższy niż założony w Umowie maksymalny okres przejściowy). W tym okresie mieli i dalej mają pełen dostęp do systemu KSI, który na bieżąco umożliwia im zapoznanie się z działaniem całego systemu, w tym w trybie „do odczytu”/„read only” do obszaru utrzymywanego przez drugiego z wykonawców.

(...) i (...) uczestniczą aktywnie w pracach Komitetu ds. Wdrożeń i Integracji, którego zadaniem jest koordynowanie działań w zakresie realizowanych projektów i umów utrzymaniowych KSI. Mając na uwadze powyższe – zdaniem ZUS – zarzut był całkowicie bezpodstawny.

W zakresie zarzutu nr 10

Zamawiający wskazał, że w dniu 3 kwietnia 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez uszczegółowienie definicji terminów: „Incydent krytyczny”, „Incydent niski”, „Incydent średni wsad”, i „Incydent VIP” (**Modyfikacje nr 29, 30, 31, 32**).

Następnie w wyniku drugiego odwołania wniesionego przez odwołującego Zamawiający dokonał autokorekty dwóch definicji – Incydentu krytycznego i Incydentu VIP – modyfikując te definicje w dniu 20 maja 2020 r. (**modyfikacja nr 86 i 87**).

Odwołujący w niniejszym zarzucie zakwestionował poziom szczegółowości definicji terminów: „Incydent krytyczny”, „Incydent niski”, „Incydent średni wsad”, i „Incydent VIP”.

Jednocześnie zaniechał sformułowania żądania co do satysfakcjonującej go treści tych definicji. W tym świetle należy uznać to żądanie za blankietowe, a zarzut za wadliwy.

Argumentacja, podnoszona przez Odwołującego, wskazująca na orzeczenie Sądu Okręgowego wydanego w sprawie innego postępowania, rzekomo wiążącego Zamawiającego w tym postępowaniu, ZUS uznał za chybioną. Wadliwe sformułowanie zarzutu uniemożliwiło ZUS uwzględnienie go i co za tym idzie uniknięcie ryzyka stawiania dalszych zarzutów na dokonanej modyfikacją SIWZ, o ile nie wychodzi ona naprzeciw niewyrażonemu wprost oczekiwaniu wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że dopiero w odrębnym odwołaniu z 10 kwietnia 2020 r., Odwołujący sformułował żądanie wprowadzenia konkretnych postanowień SIWZ, co mógł uczynić już w pierwszym odwołaniu, a czego zaniechał.

Treść drugiego odwołania stanowi zatem dowód na to że niniejszy zarzut został sformułowany wadliwie. Co więcej w drugim odwołaniu odwołujący pod pretekstem modyfikacji formułuje dalej idące żądania i zarzuty niż miało to miejsce w niniejszym odwołaniu. Te nowe zarzuty należy uznać za spóźnione, a działanie Odwołującego za swoistą taktykę negocjacyjną, a nie korzystanie ze środków ochrony prawnej.

(...) na poparcie swoich twierdzeń przytoczyło w treści odwołania definicje zastosowane podczas poprzedniego postępowania ((...)) na tożsame usługi uznając poziom szczegółowości zastosowanych definicji za wzorcowy. Tym samym dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ z dnia 3 kwietnia 2020 r. polegająca na uszczegółowieniu definicji Incydentu krytycznego, Incydentu niskiego, Incydentu średniego wsad i Incydentu VIP, która odpowiada poziomem szczegółowości poprzednio stosowanym definicjom powinna była czynić niniejszy zarzut bezprzedmiotowym.

Zamawiający podkreślił, że Incydent VIP dotyczy tylko jednej usługi, związanej z obsługą programu płatnik. Jest to jedyny element KSI ZUS, który swoją „końcówkę” ma w siedzibie Klienta. Fakt ten wymagał od zamawiającego stworzenia nowej kategorii incydentów tj. Incydentów VIP, których charakterystyczną cechą jest konieczność wykonania naprawy w siedzibie Klienta. Właśnie ta specyfika naprawy decyduje o uznaniu danego incydentu za VIP. Nie ma żadnej innej szczególnej cechy ten rodzaj Incydentu. Skalę pracochłonności, a co za tym idzie sposób wyceny w ofercie określa wprowadzony przez zamawiającego limit możliwych zgłoszeń Incydentu VIP do 10 na miesiąc.

Niezależnie zatem czy na liście klientów, którzy mogą skorzystać z naprawy w ramach Incydentu VIP byłoby kilka tysięcy czy też kilka milionów Klientów to liczby te nie wpływają na sposób wyceny oferty. Odwołujący powinien bowiem cenie oferty. przewidzieć możliwość zgłaszania 10 incydentów VIP w miesiącu.

Wykonawca nie będzie bowiem zobowiązany w żadnym przypadku obsłużyć większej liczby tego rodzaju incydentów. Zamawiający wskazał, że niezależnie od dokonywanych zmian odwołujący ma i miał możliwość oszacowania ryzyka związanego ze zgłaszaniem kwestionowanych Incydentów ponieważ zamawiający ustalił limit ich Zgłoszeń. W przypadku Incydentów krytycznych limit zgłoszeń został ustalony na maksymalnie 10 zgłoszeń w tygodniu (por. Załącznik 9 do Umowy), dla Incydentu średniego wsad (5 tygodniowo) i Incydentu VIP (10 miesięcznie).

Wykonawcy mają zatem informacje dot. Maksymalnego obciążenia pracą związaną z reagowaniem na tego rodzaju incydenty, niezbędne do prawidłowego oszacowania oferty w tym zakresie i powinni wycenić maksymalną – konkretną, wskazaną w SIWZ – liczbę tych incydentów. Niezależnie zatem od treści definicji wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o limit każdego z Incydentów ma bowiem pewność, że jest to pracochłonność, którą należy wycenić.

Nawet gdyby definicja była maksymalnie szeroka i teoretycznie pozwalała zakwalifikować do danego Incydentu setki czy tysiące zdarzeń nie będzie musiał reagować w danym reżimie (wyższym niż Incydent niski) w więcej niż określonej w SIWZ liczby przypadków (5 lub 10). Nie będzie zatem ponosił dodatkowych kosztów z tego tytułu.

Tym samym zarzut Odwołującego był w opinii Zamawiającego bezprzedmiotowy i Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W zakresie zarzutu 12

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowy zarzut był co najmniej niezrozumiały. Odwołujący jako obecny wykonawca usług, które będą przedmiotem przejęcia w pierwszym etapie realizacji Umowy ma pełną wiedzę o zakresie odpowiedzialności, która zostanie przekazana w pierwszej kolejności na najbliższe 17 miesięcy – są to bowiem usługi obecnie przez (...) świadczone. Nie ma również żadnej wątpliwości jakie usługi będzie świadczył w okresie kolejnym. Na bieżąco w ramach świadczonych usług ma dostęp do informacji o aktualnym stanie KSI i posiada pełną wiedzę w tym zakresie. Wiedza ta jest uaktualniana w ramach Konsultacji utrzymaniowych i wymiany informacji zgodnie z przyjętym Modelem współdziałania.

Odwołujący nie ma zatem interesu w uwzględnieniu niniejszego zarzutu. Odwołujący powinien również wiedzieć, że szczegółowe informacje zamieszczone w Rejestrach (Dodatki A, B i C) z uwagi na ich wrażliwy i poufny charakter nie powinny być upubliczniane.

Ujawnienie tych informacji umożliwiłoby podjęcie w zdecydowanie krótszym czasie prób uzyskania dostępu do danych wrażliwych, skracając czas potrzebny podmiotowi przeprowadzającemu cyberatak na pozyskanie z innych źródeł ww. informacji. Siła i zakres cyberataku mogłaby spowodować trudne do oszacowania straty. Decyzja zamawiającego o nieupublicznianiu treści ww. rejestrów i przekazaniu ich jedynie wybranemu w postępowaniu wykonawcy była zatem uzasadniona i konieczna, Zamawiający podkreślił, że brak szczegółowych informacji zawartych w Rejestrach elementów architektury nie uniemożliwia złożenia oferty i jej prawidłowej wyceny nawet wykonawcy, który wcześniej nie realizował usług dla zamawiającego.

Zakres obowiązków wykonawcy określają metryki usług, które są opisane w załącznikach nr 6-10 do Umowy. To na ich bazie każdy wykonawca jest w stanie wywieść jaki zakres obowiązków będzie na nim ciążył i jaki zakres należy wycenić w ofercie. Niezrozumiały jest również zarzut wadliwego, niezgodnego z przepisami ukształtowania prawa do dokonywania zmian w Rejestrach.

Kwestionowany obecnie mechanizm jest tożsamy z tym obecnie obowiązującym wypracowanym trójstronnie z Odwołującym i Konsorcjum (...). Zgodnie z pkt. 2.2.5 zawartym w obecnie obowiązującym Modelu współdziałania przyjętym aneksem nr (...) do umowy z 22 marca 2018 r. o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) w Okresie Przejściowym zawartej pomiędzy ZUS a (...) – Do kompetencji KK należy w szczególności:

Rozpoznawanie uwag co do prawidłowości modyfikacji wpisów w Rejestrach z rzeczywistym stanem wynikającym z innych czynności, w szczególności dokonanych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Konsorcjum (...) lub Wykonawcą (...) zgodnie z właściwymi procedurami dla danej czynności, określonymi odpowiednio w Umowie z Konsorcjum (...) lub w Umowie z (...). Przez czynności, o których mowa w zdaniu powyższym strony rozumieją w szczególności:

2.2.5.1.1. powołanie nowej Metryki Usług Wykonawcy;

2.2.5.1.2. modyfikacja Metryki Usług Wykonawcy;

2.2.5.1.3. zaprzestanie świadczenia Metryki Usług Wykonawcy;

2.2.5.1.4. zmiany ITS KSI np. nowe wersje.

Tożsamy mechanizm wprowadzania zmian przewiduje rozdz. II ust. 6 lit a Załącznika 2, do którego odsyła kwestionowany przez Odwołującego pkt 1.12 Załącznika nr 5 do Umowy,

Podpisując ww. aneks (...) zaakceptowało zawarty w nim model współdziałania tożsamy do zaproponowanego obecnie. Ponadto w momencie zawierania aneksu Odwołujący nie wnosił o zmianę wysokości wynagrodzenia – co oznacza, że zaproponowany tam mechanizm dokonywania zmian w Rejestrach nie przekładał się realnie na wycenę świadczonych przez niego usług. Zamawiający nie zgodził się również z tezą jakoby zmiany w Rejestrach będą jednostronnie narzucane przez Zamawiającego.

Co do zasady zmiany w metrykach zachodzą z uwagi na dynamiczny charakter systemu KSI ZUS i mogą wystąpić w sytuacjach wskazanych w rozdz. III ust 6 lit a Załącznika 2 do Umowy. Niemniej jednak Komitet Koordynujący (KK), który je opiniuje jest organem kolegialnym, powołanym w okresie, gdy Usługi utrzymania KSI ZUS są świadczone jednocześnie przez więcej niż jednego wykonawcę umów utrzymania KSI.

W jego skład wchodzi Dyrektorzy Projektów i Dyrektorzy Umowy ze strony wykonawców a decyzje są wypracowywane na zasadzie jednomyślności (por. rozdz. III Załącznika 2 do Umowy Organizacja struktur wskazanych w Umowie). Także powołanie Nowej Metryki Usług lub jej zmiana nie są dokonywane bez udziału i zgody wykonawcy. Zapisy procedur (...) zawierają działania, które są uzgadniane pomiędzy ZUS i wykonawcą, w ramach wzajemnej komunikacji. Nieprawdą zatem jest, że okoliczności wpływające, na zmianę zakresu Rejestrów są narzucane przez zamawiającego w sposób jednostronny, bez udziału wykonawcy.

Zgodnie z § 12 ust. 10 Umowy zmiany Metryk Usług Wykonawcy stanowiących Załączniki 6-9 są przeprowadzane zgodnie z procedurami zawartymi w Załączniku 4, bez konieczności sporządzania aneksu do Umowy. W przypadku zmiany Metryki Usług wykonawcy, dotychczasowa treść załączników odnoszących się do Metryk zostanie zastąpiona zaktualizowanym tekstem jednolitym, uwzględniającym wprowadzone zmiany.

Wykonawca nie zaskarżył tego postanowienia Umowy, a zatem nie kwestionuje mechanizmu zmiany Metryk Usług, których konsekwencją są zmiany w Rejestrach. Wydaje się zatem, że jedynym celem stawianego zarzutu jest usztywnienie (zamrożenie) przedmiotu świadczenia usług objętych Umową.

Zamawiający nie godził się na takie opisanie i ograniczenie. przedmiotu zamówienia. Permanentne zmiany KSI są bowiem wpisane w jego specyfikę. (...) ma dynamiczny charakter i podlega ciągłym zmianom (choćby z uwagi na zmiany legislacyjne i potrzebę dostosowania KSI do tych zmian) co znajduje następnie odzwierciedlenie w Rejestrach. W ostatnich 3 latach było ponad 20 zmian metryk usług dotyczących powołania nowych lub zmiany zakresu świadczenia już istniejących, realizowanych przez obu wykonawców obecnie świadczących usługi utrzymania KSI.

KSI współpracuje również z innymi systemami wdrożonymi w ZUS, co niejednokrotnie również implikuje konieczność wprowadzenia niezbędnych modyfikacji. Zmiany te niewątpliwie wpływają na zakres obowiązków ostatecznie powierzonych wykonawcy w dniu rozpoczęcia świadczenia Usług. Jednakże procesu tego nie można zatrzymać z uwagi na fakt prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani tym bardziej uzależnić go od zapisów w Rejestrach związanych z modelem współdziałania wykonawców usług utrzymania.

W zakresie zarzutu 13

Zamawiający poinformował, że zmodyfikował kwestionowane postanowienie Załącznika 9 do Wzoru Umowy nadając mu następujące brzmienie: „CZAS OBSŁUGI - STOP - tylko w przypadku pierwszej prośby”. Oznacza to, że mechanizm ten został przewidziany do wszystkich Poziomów Usługi serwisowej w tym dla Incydentu krytycznego.

Zamawiający wyjaśnił, że nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, że ZUS uchyla się od wsparcia wykonawcy w realizacji jego zobowiązań, w tym od przekazania mu informacji, o jakie będzie wnioskował w celu obsługi incydentów.

Zamawiający będzie odpowiadał na wszelkie prośby i pytania wykonawcy jak ma to miejsce obecnie. Kwestionowana procedura jedynie zakłada, że czas w którym wykonawca zobowiązał się do wykonywania swoich obowiązków nie będzie wstrzymywany w efekcie zadawania kolejnych pytań. Jedynie jedno pytanie wstrzymuje bieg terminu realizacji usługi.

Przedmiotowe postanowienie jest w pełni uzasadnione tak potrzebami Zamawiającego jak i jego doświadczeniami wynikającymi z obecnej praktyki. Na gruncie obecnie realizowanych umów każde zadane pytanie wstrzymuje czas, w jakim wykonawca realizuje swoje zadanie czyniąc zobowiązanie wykonawcy do naprawy błędu lub usunięcia innej nieprawidłowości w przewidzianym w SIWZ czasie – iluzorycznym. Wykonawcy poprzez mnożenie pytań de facto nie czuli się związani jakimkolwiek reżimem czasowym obsługi incydentu.

Obecna regulacja przewiduje mechanizm zatrzymania czasu w przypadku pierwszego pytania powinno zatem ono być sformułowane w taki sposób, aby obejmowało wszystkie brakujące wykonawcy informacje do właściwego rozwiązania problemu. Po otrzymaniu tych informacji czas obsługi zaczyna biec.

Nie oznacza to natomiast, że Zamawiający nie odpowie na zadane dodatkowo pytania, a jedynie że ich zadanie nie zatrzyma na nowo czasu przewidzianego w SIWZ do realizacji zadania. Tym samym wykonawcy będą musieli zadać niezbędne i właściwe pytania za pierwszym razem, a nie wykorzystywać procedury, niezgodnie z jej przeznaczeniem, na zadawanie serii pytań w celu przedłużenia sobie czasu na obsługę incydentów, bez ponoszenia jakiegokolwiek z tego tytułu odpowiedzialności.

Wykonawca świadczący usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS ma przekrojową i kompleksową wiedzę o systemie KSI ZUS oraz wgląd na działania użytkowników. Zasadniczo zatem wykonawca ma pełniejszą wiedzę o możliwej przyczynie wystąpienia błędu/nieprawidłowości niż Zamawiający oraz posiada szereg narzędzi aby przyczynę tą ustalać. Oczywiście wolą Zamawiającego w dalszym ciągu pozostaje bycie w gotowości do udzielenia odpowiedzi i współdziałania z wykonawcą na warunkach Umowy. Zapis ten nie ogranicza w żaden sposób obowiązków Zamawiającego, a jedynie zapobiega patologicznym sytuacjom, które mają obecnie miejsce.

W konsekwencji, zdaniem ZUS żaden przepis Pzp nie został naruszony poprzez przyjęcie kwestionowanych postanowień Umowy. W szczególności art. 29 Pzp ponieważ zakres obowiązków wykonawcy został określony wyraźnie i precyzyjnie. Skutkiem uchylecia kwestionowanych postanowień Umowy będzie natomiast uzależnienie poziomu świadczenia usług od „sprytu wykonawcy”, a nie od obiektywnych niezależnych od jego indywidualnych cech lub umiejętności okoliczności.

Przedmiotowa Umowa ma charakter umowy rezultatu – rezultatem jest utrzymanie sprawności systemu na określonym poziomie. Za ten rezultat wykonawca bierze odpowiedzialność z zastrzeżeniem wyjątków określonych właściwymi postanowieniami. Nie można zatem jednocześnie dawać wykonawcy instrumentów pozwalających manipulować tym rezultatem.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej:

W ocenie Izby, stan faktyczny nie był sporny, a jedynie ocena prawna dokumentacji postępowania. Skład orzekający, na wstępie swoich rozważań poczynił pewne założenia w zakresie rozstrzygnięcia sporu, w związku z późniejszymi modyfikacjami treści SIWZ, które zostały dokonane 3 kwietnia i 20 maja 2020 r.

KIO wskazała, iż w związku z przedmiotowymi modyfikacjami dokumentacji postępowania doszło do zmiany niektórych postanowień SIWZ, które stanowiły podstawę do postawienia Zamawiającemu części zarzutów w odwołaniach. Uległ tym samym stan faktyczny będący podstawą do rozpoznania obu środków ochrony prawnej.

Izba wskazała dalej, iż czynność modyfikacji postanowień SIWZ, w tym wzoru Umowy i jej załączników, jest skuteczna z chwilą podania do publicznej wiadomości (opublikowania). Od tej nowej czynności w postępowaniu, polegającej na dokonaniu modyfikacji postanowień SIWZ, przysługuje wykonawcom nowy środek ochrony zaskarżenia, w którym będą mogli wskazać pełne podstawy do kwestionowania czynności zamawiającego, czego siłą rzeczy nie mogli uczynić w obecnych odwołaniach.

Izba podniosła także, iż jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 Pzp), co jest skorelowane z obowiązkiem nałożonym na wykonawców, na podstawie art. 180 ust. 3 Pzp, który wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy oraz związłego przedstawienia zarzutów.

Skuteczny upływ terminu zawitego na wniesienie odwołania powoduje, że wykonawca nie może uzupełniać jego treści, zaś Izba wydaje rozstrzygnięcie na kanwie tego, co w odwołaniu zostało wskazane. Zmiany dokumentacji postępowania mogą być kwestionowane przez wykonawców, w ramach wniesienia kolejnego środka zaskarżenia. Oznacza to, że zarzuty, które zostały sformułowane względem poprzednio obowiązujących postanowień SIWZ, po dokonaniu modyfikacji dokumentacji, straciły swoją aktualność, prowadząc do upadku podstawy faktycznej zarzutów, a więc stały się bezprzedmiotowe.

KIO powołała się także na art. 191 ust. 2 Pzp i wywiodła, że gdy dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ doprowadziła do całkowitej zmiany treści kwestionowanego zarzutem postanowienia, rozpatrywanie zarzutu odnoszącego się do tego postanowienia staje się bezprzedmiotowe. Natomiast co do zarzutów odnoszących się do częściowo zmodyfikowanych postanowień - o ile pozostają aktualne, mimo zmiany ich brzmienia i nie zostały przez odwołującego cofnięte - to powinny one zostać rozpoznane w odniesieniu do stanu ustalonego w toku postępowania odwoławczego, a więc stanu po dokonaniu modyfikacji SIWZ, a nie stanu nieobowiązującego - z zastrzeżeniem, że przy rozpoznaniu takiego zarzutu nie dokonuje się oceny i rozstrzygnięcia w zakresie samej modyfikacji, ponieważ do tego służy odwołanie od tej czynności, ale jej znaczenia dla rozpatrywanego zarzutu, odnoszącego się do kwestionowanej w odwołaniu treści SIWZ.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, na następujące argumenty:

Zarzut nr 1

W ramach tego zarzutu Izba wprost oświadczyła, iż w znacznej mierze podzieliła argumentację Zamawiającego. Nie znaleziono żadnych powodów do zakwestionowania stanowiska Zamawiającego stwierdzającego, że ITS, na której świadczone są usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS, pozostaje w dyspozycji ZUS a w zakresie obowiązków wybranego wykonawcy będzie zapewnienie po swojej stronie ITS deweloperskiego i weryfikacji kodów źródłowych. Izba wskazała, iż stanowiska tego nie zakwestionowało także (...).

Jako okoliczność bezsporną przyjęto, że Odwołujący świadczył i świadczy od wielu lat usługi objęte przedmiotem zamówienia. Izba zwróciła także uwagę na modyfikację brzmienia definicji ITS, która wyraźnie odniosła się do funkcjonalnych elementów pozostających w dyspozycji zamawiającego (modyfikacja nr 33).

Następnie w kolejnym odwołaniu złożonym w dniu 10 kwietnia 2020 r., które nie było przedmiotem niniejszego orzeczenia, odwołujący stwierdził, że z SIWZ nie wynika w sposób dostateczny, że usługi co do zasady są realizowane na ITS Zamawiającego.

W związku z tym zamawiający uzupełnił definicję ITS poprzez dodanie po „pozostające w dyspozycji Zamawiającego”, zwrotu „i udostępnione przez Zamawiającego” (modyfikacja nr 88 z dnia 20 maja 2020 r.).

Ponadto zamawiający w dniu 3 kwietnia 2020 r. zmodyfikował postanowienia art. 3 ust. 3 Umowy dodając pkt 4 i 5 oraz dodatkowo zmodyfikował Rozdział 5 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, pkt 5.7 SIWZ. Zmiany te należało potraktować jako mające charakter jedynie doprecyzowujący istniejące w SIWZ postanowienia. Celem ich było literalne wskazanie na obowiązek uwzględniania w cenie oferty, wynikającej z treści SIWZ, konieczności posiadania ITS przez wykonawcę w zakresie Środowiska deweloperskiego i Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych.

W związku z tym żądanie odwołującego o wyraźne wpisanie, że ITS jest wyłączną domeną Zamawiającego, zmierzało pośrednio do uchylecia obowiązku posiadania pewnego ITS po stronie wykonawcy. Kwestią z tym związaną było żądanie Odwołującego, aby zamawiający zagwarantował w SIWZ, że posiadany przez niego ITS pozwala na świadczenie usług na warunkach określonych w Umowie.

W ocenie Izby taka gwarancja miałaby charakter hipotetyczny i byłaby oderwana od realiów projektu. Niemniej należało uznać, że zamawiający nie pozostawił tej kwestii jako wyłączne ryzyko wykonawcy, ponieważ przewidział w Umowie mechanizm zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, jeżeli wynikałoby z powodu nieprawidłowego działania Infrastruktury techniczno-systemowej zamawiającego, zatem w ustalonym stanie rzeczy trudno uznać żądanie odwołującego za uzasadnione.

Izba uznała za wiarygodne i przekonujące, a także niepodważone wyjaśnienia zamawiającego, który wskazał, że stan ITS jest okolicznością obiektywną, zamawiający przez lata gromadził elementy ITS wykorzystywane w celu świadczenia usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS oraz na bieżąco uzupełnia i unowocześnia ITS w miarę potrzeb oraz możliwości budżetowych, przez co zapewnia wykonawcom w celu realizacji zamówienia taki ITS jakim dysponuje (częściowo dysponuje nim w sposób samodzielny, a częściowo dzierżawi od podmiotów trzecich (np. łącza telekomunikacyjne).

Ponadto w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że udostępniany przez zamawiającego ITS nie pozwala na realizowanie usług zgodnie z Umową. Stwierdzenie to pośrednio potwierdza okoliczność świadczenia usług przez dwóch wykonawców, szczególnie w obecnym czasie, który wymaga zwiększenia możliwości systemu.

Natomiast jedynym dowodem złożonym przez odwołującego na poparcie przedmiotowego zarzutu była notatka z posiedzenia komitetu ds. utrzymania (szczególnie wskazywano na treści pkt 6), z której nie wynika możliwość ustalenia, że cała ITS jest niewystarczająca. Niemniej, tak jak to zostało wskazane powyżej, nawet gdyby okazało się, że świadczenie jakiejś usługi nie jest możliwe z uwagi na fakt, że ITS jest niewystarczający – wykonawca nie poniesie odpowiedzialności z tego tytułu, ponieważ w oparciu o postanowienie art 8 ust. 4 Umowy może zwolnić się z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań w Dokumentach kontraktowych, jeżeli wadliwe wykonanie usługi będzie wynikało z niepoprawnego działania ITS wykorzystywanej w usłudze wykonawcy.

Realizacja tego uprawnienia odbywa się zgodnie z procedurą PO1 pn.: Procedura informowania o zagrożeniu niedotrzymania Parametrów Usług Wykonawcy, opisaną w załączniku nr 4 do Umowy pn.: Procedury dla realizacji Umowy, która wśród przyczyn dla których wykonawca może zgłosić zagrożenia niedotrzymania gwarantowanych parametrów usług wykonawcy, wymienia niepoprawne działanie ITS wykorzystywanej w usłudze wykonawcy. Dalej Izba uznała, że nie zasługiwało także na uwzględnienie żądanie odwołującego zmierzającego do spowodowania dołączenia do Umowy załącznika Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Skład orzekający za Zamawiającym przyjął, że dokument ten stanowi jedynie pewien ogólny zarys systemu KSI ZUS. Brak jest w nim danych szczegółowych i wrażliwych z uwagi na bezpieczeństwo funkcjonowania państwa. Izba wzięła pod uwagę również, że po zawarciu Umowy, w ramach realizacji okresu przejściowego, zamawiający nada wykonawcy uprawnienia do zasobów ZUS, w tym m.in. do:

- Repozytorium;
- Katalogu Usług IT, w tym bazy konfiguracji;
- Portalu eksploatacyjnego ((...));
- Systemu Monitorowania Usług IT;
- Rejestrów.

Wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie miał zatem dostęp do pełnej dokumentacji KSI ZUS, więc dokument Opis KSI nie będzie miał wówczas istotnego znaczenia. O powyższym wprost świadczy postanowienie art. 12 ust. 8 Umowy, którego treść została przytoczona powyżej w części opisującej odpowiedź na odwołanie, a którego odwołujący nie zakwestionował. Ustalenie kształtu KSI ZUS na dzień wszczęcia postępowania i uznanie go za załącznik do Umowy wymagałoby każdorazowo zmiany tego załącznika, a tym samym aneksowania Umowy za każdym razem, gdy przestałby on odpowiadać stanowi faktycznemu, co mogłoby być niezwykle trudne. Zmiany KSI ZUS następują bowiem w ramach innych umów i są niezależnie od woli i zgody wykonawcy umowy utrzymania KSI ZUS, zatem nieuzasadnione byłoby załączanie ich do Umowy w ramach niniejszego postępowania, a następnie poddawanie ich procedurze uzgadniania w ramach aneksów. O czym wprost stanowi ww. art. 12 ust. 8 Umowy, którego odwołujący nie zaskarżył.

Odwołujący w odwołaniu przyznał, że załącznik Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych stanowi element opisu przedmiotu zamówienia, natomiast nie zarzucił zamawiającemu, aby ten dokument był niepełny, nieprecyzyjny lub w inny sposób utrudniał przygotowanie lub złożenie oferty. Wskazał jedynie, że nie jest możliwe jego pobranie i powoływanie się na ten dokument na etapie realizacji Umowy. Zaś z treści zarzutu wynika, że odwołujący upatrywał naruszenia prawa przez zamawiającego w postaci art. 29 ust. 1 Pzp, co nie znalazło potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Warto przy tym dodać, że zamawiający uzupełnił art. 12 ust. 8 Umowy poprzez wyraźne wskazanie, że po zawarciu Umowy udostępni Wykonawcy „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” wraz z dokumentacją obrazującą wprowadzone po wszczęciu postępowania zmiany w tym dokumencie wynikające ze zmian dokonywanych w KSI (modyfikacja nr 92 z dnia 20 maja 2020 r.).

Ponadto, zdaniem Izby w odwołaniu zarzut został przedstawiony dość zdawkowo, bez określenia szerokiego kontekstu, który okazał się istotny dla jego rozpoznania. Odwołujący dopiero na późniejszym etapie tj. w piśmie z 14 maja 2020 r. oraz szczególnie podczas rozprawy w dniu 26 maja 2020 r. próbował neutralizować jego znaczenie. Argumentacja ta miała charakter następczy wobec twierdzeń zamawiającego, które zostały poparte treścią SIWZ oraz nie została udowodniona.

W związku z powyższym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Zarzut nr 4

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, podaną w odpowiedzi na odwołanie.

W pierwszej kolejności podkreśliła brak interesu Odwołującego w kwestionowaniu postanowienia art. 17 ust 11 Umowy. Wskazano, iż postanowienie to nie uniemożliwia odwołującemu wyceny oferty, ani jej złożenia. Izba wskazała jako kluczową okoliczność różnicującą przedmiotowe postępowanie od wcześniejszego – istnienie jednego wykonawcy, tj. (...) który posiadał doświadczenie w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia. Wobec Odwołującego, ZUS wówczas przewidział skrócony – 90 dniowy okres przejściowy niezawierający procesu weryfikacji kompetencji. Pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie musieli uwzględnić konieczność 12 miesięcznego okresu przejściowego oraz wykazania zdolności do świadczenia usługi w procesie weryfikacji kompetencji.

KIO wskazywała za Zamawiającym, iż istnienia obiektywnej różnicy w sytuacji wykonawców, nie skutkowało to unieważnieniem postępowania czy zawartej w jego wyniku umowy. Ponadto, wbrew stanowisku (...) zawartym w odwołaniu, ofertę korzystniejszą cenowo złożył wykonawca, który był zobowiązany do uwzględnienia w cenie oferty 12 miesięcznego okresu przejściowego, a nie Odwołujący, mimo braku takiego obowiązku.

Dalej Izba wskazywała, że rezygnacja z pełnego Okresu Przejściowego i dodatkowej weryfikacji wykonawców nie narusza art. 29 Pzp. Jeśli bowiem Zamawiający uprawniony jest na własne ryzyko do rezygnacji z procesu weryfikacji kompetencji wykonawców, to tym bardziej możliwe i legalne jest jego ukształtowanie w sposób mniej restrykcyjny, niż życzyłby sobie tego Odwołujący. Zwłaszcza w przypadku, gdy zamawiający nie dostrzegł celowości prowadzenia tego procesu w odniesieniu do tych wykonawców, którzy faktycznie świadczą usługi na jego rzecz.

W ocenie KIO, Zamawiający przekonująco wykazał (w realiach tej sprawy), że różnicowanie sytuacji wykonawców wynika z przyczyn obiektywnych. Każdy wykonawca, który świadczył usługi w tym samym lub zbliżonym zakresie dla zamawiającego posiada naturalną przewagę nad innymi wykonawcami. Posiada bowiem know-how, które pozwala mu uniknąć kosztów „wejścia”, które muszą uwzględnić w cenie nowi wykonawcy.

Ponadto Izba uznała strategię ZUS, która zrównała sytuację obu wykonawców obecnie świadczących usługi za racjonalną i w pełni uzasadnioną. Odwołujący i Przystępujący, którzy obecnie świadczą usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania, mają pełen dostęp do wiedzy związanej z utrzymaniem KSI ZUS oraz obaj świadczą usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji przez okres ponad 12 miesięcy (a zatem dłuższy niż założony w Umowie maksymalny okres przejściowy). W tym okresie wykonawcy posiadali i dalej posiadają pełen dostęp do systemu KSI, który na bieżąco umożliwia im zapoznawanie się z jego działaniem, w tym w trybie „do odczytu” obszaru utrzymywanego przez drugiego z wykonawców. Odwołujący nie kwestionował tych okoliczności, Izba również nie znalazła podstaw do ich niepodzielenia, a uznała je za obiektywnie uzasadniające prawidłowość spornej treści dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, skład orzekający Izby uznał, że wykonawcy obecnie zaangażowani w świadczenie usług utrzymania KSI ZUS mają wystarczającą wiedzę, co do sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia, tj. poza wiedzą praktyczną, posiadają pełną dokumentację systemu KSI oraz szereg możliwości pozyskiwania i uaktualniania wiedzy o systemie.

Nie jest zatem wymagany w stosunku do nich dodatkowy Transfer wiedzy. Dodatkowo należy wskazać, że odwołujący nie kwestionował, iż w stosunku do obu obecnych wykonawców wystarczający będzie 90 dniowy Okres Przejściowy, z czego dwa tygodnie będą przeznaczone na przygotowanie Harmonogramu Przejęcia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie wykazano, aby zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 z zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, co skutkowało oddaleniem zarzutu.

Zarzut nr 10

KIO na wstępie wskazała na dokonaną w dniu 3 kwietnia 2020 r., przez Zamawiającego modyfikację SIWZ poprzez zmianę definicji terminów: „Incydent krytyczny”, „Incydent niski”, „Incydent średni wsad”, i „Incydent VIP” (modyfikacje nr 29, 30, 31, 32).

Następnie w wyniku drugiego odwołania, które nie było rozpatrywane w ramach przedmiotowej sprawy, wniesionego przez (...), ZUS dokonał autokorekty dwóch definicji – Incydentu krytycznego i Incydentu VIP – modyfikując te definicje w dniu 20 maja 2020 r. (modyfikacja nr 86 i 87). Konsekwencje powyższych zmian uczyniły niniejszy zarzut bezprzedmiotowym.

KIO raz jeszcze przypomniała, że rozstrzygnięcie co do postanowień SIWZ, które stały się nieaktualne, nie znajduje uzasadnienia w ustawie i byłoby działaniem niecelowym. Rozstrzygnięcie co do nieistniejących już treści SIWZ stoi w sprzeczności z art. 192 ust. 2 Pzp, który do uwzględnienia odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Takiego wpływu nie miały i nie będą mieć zapisy „historyczne”, które już w żaden sposób nie wiążą Zamawiającego, wykonawców, a także Izby, która z mocy ustawy ma obowiązek uwzględnienia zmiany dokumentacji postępowania.

W kontekście zaś kolejnego (z dnia 10 kwietnia 2020 r.) odwołania, które dotyczyło m.in. zmodyfikowanych w dniu 3 kwietnia 2020 r. definicji ww. incydentów, Izba uznała merytoryczne ocenianie tych modyfikacji definicji za nieuprawnione. Rozpoznanie części zarzutów postawionych w innym odwołaniu, pozostającym poza kognicją składu orzekającego, byłoby zdaniem KIO rażącym naruszeniem art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Tym samym, zarzut z pkt 10 uzasadnienia odwołania, jako zarzut bezprzedmiotowy został przez skład orzekający oddalony.

Zarzut nr 12

Izba w pierwszej kolejności wskazała na wcześniejsze ustalenia dotyczące rozpoznania zarzutów opisanych w pkt 1 i 4. Ustalenia te odnośnie omawianego zarzutu pozostały adekwatne i aktualne. KIO wskazała, iż Odwołujący jako obecny wykonawca usług, ma dostęp do informacji o aktualnym stanie KSI i posiada pełną wiedzę w tym przedmiocie. W ramach rozpoznawanego zarzutu A. wskazało na naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp, natomiast nie tylko nie udowodniło lecz nawet nie uprawdopodobniło, że brak szczegółowych informacji zawartych w Rejestrach elementów architektury, uniemożliwia mu złożenia oferty, czy jej prawidłowej wyceny, nawet wykonawcy, który wcześniej nie realizował usług dla Zamawiającego.

Izba przyjęła w tym zakresie argumentację Zamawiającego, który wyjaśnił, że obowiązki wykonawcy określają metryki usług, które są opisane w załącznikach nr 6-10 do Umowy. To na ich bazie każdy wykonawca jest w stanie powziąć wiedzę o zakresie obowiązków, które będą na nim ciążyły i stwierdzić jaki zakres należy wycenić w ofercie.

Nie potwierdził się także zdaniem składu orzekającego Izby zarzut wadliwego, niezgodnego z przepisami ukształtowania prawa do dokonywania zmian w Rejestrach. Przyjęto wyjaśnienia ZUS, iż kwestionowany mechanizm jest tożsamy z tym obecnie obowiązującym, wypracowanym trójstronnie z (...) i (...).

Izba ponownie przywołała pkt. 2.2.5 zawarty w obecnie obowiązującym Modelu współdziałania, przyjętym aneksem nr (...) do umowy z 22 marca 2018 r., o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) w Okresie Przejściowym, zawartej pomiędzy ZUS a (...).

Ponadto zaaprobowane zostało w pełni stanowisko Zamawiającego który wskazał na fakt, iż tożsamy mechanizm wprowadzania zmian przewiduje rozdz. II ust. 6 lit. a Załącznika 2, do którego odsyła kwestionowany przez Odwołującego pkt 1.12 Załącznika nr 5 do Umowy.

W ocenie KIO (identycznie jak Zamawiający), (...) podpisując ww. aneks zaakceptowało zawarty w nim model współdziałania tożsamy do zaproponowanego obecnie. W momencie zawierania aneksu Odwołujący nie wnosił o zmianę wysokości wynagrodzenia – co oznacza, że zaproponowany mechanizm dokonywania zmian w Rejestrach nie przekładał się realnie na wycenę świadczonych usług.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie kwestionował powyższych argumentów Zamawiającego, w konsekwencji nie było podstaw, aby odmówić im wiarygodności. Poza tym skład orzekający nie widział powodu, aby niweczyć czy też kwestionować wypracowany przez ZUS i obu wykonawców model współpracy, wynikający z dotychczasowego współdziałania, który nie był, co do zasady kwestionowany.

Za niedowiedziona Izba uznała także tezę odwołującego jakoby zmiany w Rejestrach będą jednostronnie narzucane przez Zamawiającego. Ponownie powołano się na stanowisko Zamawiającego, iż zgodnie z § 12 ust. 10 Umowy zmiany Metryk Usług Wykonawcy stanowiących Załączniki 6-9 są przeprowadzane zgodnie z procedurami zawartymi w Załączniku 4, bez konieczności sporządzania aneksu do Umowy. W przypadku zmiany Metryki Usług Wykonawcy, dotychczasowa treść załączników odnoszących się do Metryk zostanie zastąpiona zaktualizowanym tekstem jednolitym, uwzględniającym wprowadzone zmiany.

Odwołujący nie zaskarżył tego postanowienia Umowy, a zatem należy uznać, iż nie kwestionował mechanizmu zmiany Metryk Usług, których konsekwencją są zmiany w Rejestrach.

W związku z powyższym Izba nie dopatryła się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, a więc zarzut przez Izbę oddalony, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw.

Zarzut nr 13

KIO także w tym wypadku poszła za głosem/stanowiskiem Zamawiającego. Wskazano, iż obecna regulacja przewiduje mechanizm zatrzymania czasu na obsługę incydentu w przypadku pierwszego pytania, zatem powinno ono być sformułowane w taki sposób, aby obejmowało wszystkie informacje, brakujące wykonawcy do właściwego rozwiązania problemu.

Po otrzymaniu tych informacji czas obsługi rozpoczyna swój bieg.

Nie oznacza to natomiast, że Zamawiający nie odpowie na zadane dodatkowo pytania, a jedynie że ich zadanie nie zatrzyma na nowo czasu przewidzianego w SIWZ do realizacji zadania. Tym samym wykonawcy będą musieli zadać niezbędne i właściwe pytania za pierwszym razem.

Ponadto w ocenie składu orzekającego, argumentacja odwołującego jakoby istniały dwa standardy/modele obsługi incydentów, co uniemożliwia zastosowanie rozwiązań przewidzianych przez Zamawiającego z punktu widzenia przepisów Pzp, została uznana za gołosłowną. W ocenie Izby żaden przepis Pzp nie został naruszony, poprzez przyjęcie kwestionowanych postanowień Umowy. W szczególności art. 29 Pzp, ponieważ zakres obowiązków wykonawcy został określony jednoznacznie i precyzyjnie, i jednakowo dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Tym samym Izba uznała, że powyższy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzekła KIO na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z art. 186 ust. 6 Pzp. W sprawie o sygn. akt (...), na rozprawę zostało skierowanych osiem zarzutów, natomiast odwołanie okazało się zasadne w zakresie wyłącznie jednego zarzutu.

W związku z tym Izba kosztami postępowania w części 7/8 obciążyła (...), a w części 1/8 ZUS. Rozstrzygając o kosztach Izba kierowała się matematycznym stosunkiem zarzutów uwzględnionych do zarzutów oddalonych.

(...) nie zaakceptowało przedmiotowego wyroku KIO, w zakresie oddalenia ww. zarzutów odwołania i w tym zakresie wywiodło skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie.

W skardze zarzucono naruszenie:

1. art. 191 ust. 1 Pzp – poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy i tym samym błędne oddalenie części zarzutów odwołania;

2. art. 192 ust. 2 Pzp – poprzez oddalenie części zarzutów odwołania pomimo naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niżej wymienionych przepisów Pzp:

a) art. 29 ust. 1 Pzp – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;

b) art. 29 ust. 1 Pzp – poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

c) art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez opisanie obowiązków wykonawcy w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;

d) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z wyżej wymienionymi przepisami – poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Pzp, tj. z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości.

W konsekwencji, Skarżący wniósł o zmianę wyroku KIO poprzez:

- nadanie pkt. 3 treści – „uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt (...) w części dotyczącej zarzutów podniesionych w punktach 1, 2, 4, 10, 12 i 13 uzasadnienia i nakazuje zamawiającemu:”;
- dodanie po pkt. 3.6 nowych pkt. 3.7 – 3.11 o treści:

3.7 dla Zarzutu 1 – dodanie w artykule 4 Umowy nowego ustępu 5 o treści:

„5. Zamawiający oświadcza, że Infrastruktura Techniczno – Systemowa zapewniana przez Zamawiającego umożliwia realizację przedmiotu Umowy zgodnie z wymogami Umowy, w szczególności z wymaganiami określonymi w Załącznikach 6 - 10.”

3.8. dla zarzutu 4 – zmianę art. 17 ust. 11 umowy poprzez wykreślenie pkt. 3 i 5;

3.9. dla zarzutu 10:

1) wprowadzenie prawidłowych definicji Incydentu krytycznego, Incydentu niskiego, Incydentu średniego wsad;

alternatywnie

2) zmianę obecnie obowiązujących definicji Incydentu krytycznego, Incydentu niskiego, Incydentu średniego wsad, w następujący sposób:

a) Incydent krytyczny – wykreślenie zwrotu „w szczególności”;

b) Incydent niski i Incydent średni wsad – wykreślenie postanowień o uprawnieniu Zamawiającego do podniesienia poziomu świadczenia Usługi serwisowej z Incydent niski do Incydent średni wsad.

3.10 dla zarzutu 12 – jednoznaczne określenie zakresu zobowiązań Wykonawcy wynikających z:

1.11.1. Rejestru elementów architektury oprogramowania KSI ZUS;

1.11.2 Rejestru elementów architektury danych KSI ZUS;

1.11.3 Rejestru elementów architektury ITS KSI ZUS;

Poprzez uzupełnienie wartościami przewidywanymi na dzień zawarcia Umowy lub wartościami obowiązującymi na dzień publikacji SIWZ:

- Dodatku A – Zawartość Rejestru elementów architektury oprogramowania KSI ZUS do Załącznika 5 do Umowy i wskazanie usług Wykonawcy, za pomocą których mają być realizowane jego zobowiązania w odniesieniu do poszczególnych elementów architektury oprogramowania KSI ZUS;
- Dodatku B – Zawartość Rejestru elementów architektury danych KSI ZUS do Załącznika 5 do Umowy i przypisanie zobowiązań Wykonawcy w stosunku do elementów architektury danych KSI ZUS;
- Dodatku C – Zawartość Rejestru elementów architektury ITS KSI ZUS do Załącznika 5 do umowy i przypisanie zobowiązań Wykonawcy w stosunku do elementów architektury ITS.

3.11 dla zarzutu 13 – modyfikację zapisów Załącznika 9 poprzez:

1) Zastosowanie – do rozwiązywania incydentów na wszystkich poziomach obsługi zgłoszeń – mechanizmu pozwalającego na zatrzymanie czasu obsługi zgłoszenia na czas pozyskiwania danych **niezbędnych** do diagnostyki i naprawy w takim zakresie, w jakim nie jest to zależne od działań Wykonawcy.

Wskazano proponowany przykład w tabeli – k. 293.

alternatywnie

2) Wprowadzenie minimalnej obowiązkowej treści zgłoszenia, jako warunku koniecznego do przyjęcia zgłoszenia do obsługi przez Wykonawcę. Zgłoszenie takie powinno obejmować szczegółowy opis zdarzenia wraz z kompletem danych, w szczególności: dane od użytkownika, zrzuty ekranów, logi aplikacyjne, logi systemowe, wyciągi z zawartości bazy danych dotyczące przedmiotu zgłoszenia, a także sposób odtwarzania sytuacji błędnej będącej przedmiotem zgłoszenia;

3) Wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy nie spełnia ono określonych powyżej warunków dotyczących koniecznego zakresu informacji w zgłoszeniu;

4) Wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy Zamawiający nie odpowiedział merytorycznie lub nie wykonał dodatkowych czynności w reakcji na przekazaną przez wykonawcę prośbę o przekazanie dodatkowych informacji bądź o wykonanie dodatkowych czynności niezbędnych do zdiagnozowania i rozwiązania Incydentu.

(...) domagało się także zasądzenia na swoją rzecz kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wywiedziona skarga zawierała pełne uzasadnienie i uszczegółowienie stawianych zarzutów (k. 294-305).

Zarzut nr 1 skargi

Zarzut ten został ograniczony do jednego żądania. Odwołanie bowiem zawierało ich trzy razy więcej. (...) konsekwentnie (zarówno w odwołaniu jak i w skardze) oczekiwało dodania w artykule 4 Umowy nowego ustępu 5 o treści:

„5. Zamawiający oświadcza, że Infrastruktura Techniczno – Systemowa zapewniana przez Zamawiającego umożliwia realizację przedmiotu Umowy zgodnie z wymogami Umowy, w szczególności z wymaganiami określonymi w Załącznikach 6 - 10.”

Ograniczenie żądania wynikało z faktu przyjęcia przez (...) argumentacji KIO, zawartej w uzasadnieniu wyroku dla skutków następczych zmian SIWZ w zakresie definicji ITS. Bezsporne między stronami ((...) a ZUS) było bowiem, że usługi utrzymania systemu KSI ZUS świadczone są przez wybranego wykonawcę na ITS zapewnianym przez Zamawiającego.

(...) wyrażało tym zarzutem swoje obawy, iż ITS Zamawiającego będzie niewystarczający do realizacji zobowiązań przez wykonawcę. Przy czym zaznaczyć należy, iż Skarżący jednoznacznie rozróżniał sytuację gdy ITS Zamawiającego jest nieprawidłowo działający od niewystarczającego.

Esencja żądania sformułowanego ww. cudzysłowie, sprowadzała się do zagwarantowania przez ZUS, iż ITS Zamawiającego spełnia dwa wymagania łączne: jest wystarczająca i działa prawidłowo. Jak bowiem wyraźnie wskazał w pkt. 14 uzasadnienia skargi (k. 297), mając na uwadze zaistniałą sprzeczność pomiędzy treścią SIWZ (po modyfikacji) a stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, zadał w dniu 15 czerwca 2020 r. pytania do SIWZ (w trybie art. 38 ust. 1 Pzp), w których wskazywał:

„Wykonawca uważa, że zgodnie z zasadami obowiązującymi na rynku IT czym innym jest „nieprawidłowe działanie ITS” a czym innym „działanie ITS niewystarczające dla świadczenia usług zgodnie z Umową i dochowania SLA”, czyli prawidłowe działanie ITS, ale ITS o parametrach niewystarczających do zapewnienia SLA (np. za mała moc obliczeniowa, za mało pamięci, za wolne interfejsy). Niemniej jednak – jak wynika z powyższego – Zamawiający uważa, iż działanie ITS w sposób uniemożliwiający dochowanie SLA mieści się w kategorii nieprawidłowego działania

Wykonawca zwraca się o potwierdzenie powyższego stanowiska poprzez zamieszczenie w/w wykładni postanowienia art. 8 ust. 4 pkt 4 Umowy w ogólnie dostępnej dokumentacji postępowania, np. poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie.”

Zamawiający do dnia wniesienia skargi nie odpowiedział na pytanie i dlatego (...) uznało zarzut za zasadny i konieczny.

Zarzut nr 4 skargi

Nie odbiegał on zasadniczo od zarzutu sformułowanego w odwołaniu. Skarżący uzupełnił jedynie argumentację, odnosząc się do stanowiska KIO sformułowanego w uzasadnieniu wyroku. Zaprzeczono w skardze, iż stan faktyczny obecnie istniejący w zakresie utrzymania KSI ZUS jest identyczny jak ten z 2017 r., kiedy jedynym wykonawcą było (...). Skarżący wskazywał, iż od marca 2019 r. i do czasu rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, (...) utrzymuje około 60% systemu KSI ZUS, zaś (...) około 40%.

Dopiero po rozstrzygnięciu tego przetargu, system KSI ZUS będzie ponownie utrzymywany przez jednego wykonawcę. W konsekwencji wskazywano, że żaden z obecnych dwóch wykonawców nie zna całości KSI ZUS, który się dynamicznie zmienia.

Zarzut nr 10 skargi

W odróżnieniu od odwołania, nie obejmował swym zakresem definicji Incydentu VIP. W pozostałym zakresie (dotyczącym definicji Incydentu krytycznego, niskiego, średniego wsad i Incydentu) zarzut był podtrzymywany. (...) nie zaakceptowało stanowiska Izby, iż bezprzedmiotowe jest badanie tego zarzutu w świetle modyfikacji SIWZ dokonanej przez ZUS w dniu 03 kwietnia 2020 r.

Na poparcie swojego stanowiska (...) powoływało się na wyrok Sądu Okręgowego z dnia 19 grudnia 2016 r. (Sygn. akt XXIII Ga 780/16).

Jednocześnie, (...) po zapoznaniu się z w/w zmianą SIWZ, postanowiło wnieść odrębne odwołanie wobec nowej treści SIWZ (w tym zakresie). Sprawa została zarejestrowana pod sygn. akt KIO 783/20.

Zarzut nr 12 skargi

Zakres zarzutu nie zmienił się w odniesieniu do odwołania. (...) jedynie dodatkowo poddało krytyce stanowisko Izby, która – jak wskazano w skardze – „bezkrytycznie” przyjęła w całości argumentację Zamawiającego.

Ponownie, w celu wzmocnienia swej argumentacji powołano się na ww. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, cytując fragment jego uzasadnienia.

Zarzut nr 13 skargi

Został podtrzymany mimo zmiany postanowień SIWZ w tym zakresie, przed ogłoszeniem wyroku przez Izbę. Jak wskazano w pkt. 51 uzasadnienia skargi, postanowienie SIWZ objęte zarzutem po zmianach brzmi następująco:

Lp.	Etap obsługi zgłoszenia	Działania	Komunikacja z Zamawiającym
C*	Prośba o przekazanie dodatkowych informacji. Realizacje CS Wykonawcy.	Skierowanie do Zamawiającego: - prośby o przekazanie dodatkowych informacji bądź wykonanie dodatkowych czynności niezbędnych do zdiagnozowania i rozwiązania Incydentu, które posiada lub może wykonać Zamawiający korzystając z posiadanych uprawnień; przedmiotem prośby nie mogą być dane lub czynności, które Wykonawca może posiadać lub wykonać samodzielnie, korzystając z posiadanych uprawnień; - zgłoszenia przez Wykonawcę Zapotrzebowania na przeprowadzenie Konsultacji utrzymaniowej z innym wykonawcą, współpracującym z Zamawiającym na podstawie umowy.	Przekazanie zapytania/ komunikatu do CZ Zamawiającego – komunikat P CZAS OBSŁUGI – STOP – tylko w przypadku pierwszej prośby.

W skardze wskazano, że ww. zapisy naruszają zarówno art. 29 ust. 1 Pzp jak i też obowiązujące na rynku zasady IT. Według (...), najlepsze praktyki w tym zakresie wypracowały dwa alternatywne modele przekazywania wykonawcy danych niezbędnych do obsługi incydentów:

- pierwszy model – stosowany obecnie przez ZUS, zgłoszenie incydentu nie musi zawierać kompletu danych niezbędnych do jego rozwiązania lecz wykonawca – w toku obsługi zgłoszenia – może zadawać kolejne pytania i formułować wnioski o dodatkowe dane niezbędne do ustalenia przyczyn incydentu. W takim wypadku, każdorazowo i bez jakiegokolwiek limitu (pytań i wniosków) zostaje zatrzymany bieg terminu obsługi zgłoszenia na czas udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie/pytania wykonawcy;
- drugi model – zgłoszenie incydentu rejestrowane przez Zamawiającego powinno spełniać precyzyjne kryteria kompletności zapewniające, że zostały dostarczone wszelkie dane niezbędne do diagnozy i rozwiązania zgłoszenia. Dopiero tak przygotowane zgłoszenie spełnia kryteria przyjęcia do obsługi przez wykonawcę. W tej sytuacji część procesu diagnostycznego obejmującą konieczność ustalenia zakresu niezbędnych do dalszej obsługi danych obciąża de facto Zamawiającego.

(...) wskazało, iż przez 20 lat ZUS stosował ten pierwszy model. Postanowił jednak zmienić dotychczasową praktykę i wprowadzić nowy model/trzeci, który jest skrajnie korzystny dla Zamawiającego i a contrario skrajnie niekorzystny dla Wykonawcy.

W dalszej części skargi wskazywano na sytuację gdy zakres zgłoszenia zawiera ogólne stwierdzenie zgłoszenia, czy też konieczność wielokrotnej interakcji z użytkownikiem po stronie Zamawiającego (naprawy wieloetapowe).

Zakład Ubezpieczeń Społecznych odniósł się pisemnie do skargi, wnosząc o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę także zawierała pełne uzasadnienie, z precyzyjnym odniesieniem się do wszystkich zarzutów skargi. Jednocześnie Zamawiający, przed merytorycznym się do nich ustosunkowaniem wskazał Sądowi Okręgowemu na swoje intencje i dotychczasowe zachowania.

Argumentowano więc, że z uwagi na minimalne zainteresowanie postępowaniem przetargowym, a w celu dbałości o utrzymanie konkurencyjności przedmiotowego postępowania, na wychodzenie przez ZUS – wszędzie tam, gdzie jest to możliwe – naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców. Tym samym ZUS starał się modyfikować niemal każde zakwestionowane postanowienie SIWZ, mając na uwadze słuszne interesy wykonawców ale także słuszne interesy własne. Nie wszystkie więc żądania zostały uwzględnione gdyż uniemożliwiłoby to sprawne świadczenie usług utrzymania lub godziłoby w zasady uczciwej konkurencji.

W nawiązaniu do wstępnej wypowiedzi i odnosząc się do poszczególnych zarzutów skargi, Zamawiający zajął następujące stanowisko w sprawie.

Zarzut nr 1 skargi

W ocenie ZUS, zarzuty skargi nie pokrywały się z zarzutami zawartymi w odwołaniu.

Przed KIO, odwołujące się (...) żądało:

- 1) doprecyzowania, że ITS jest zapewniany przez Zamawiającego i zostanie udostępniony wybranemu Wykonawcy. Zamawiający stwierdził jednoznacznie, że zadośćczynił żądaniu. Zmodyfikował bowiem dwukrotnie SIWZ, dodając do definicji Infrastruktury Techniczno – Systemowej (ITS) treść „pozostające w dyspozycji Zamawiającego” (3.04.2020 – modyfikacja 33) oraz „udostępnione przez Zamawiającego” (20.05.2020 – modyfikacja 88);

2) dołączenia jako załącznika do Umowy „Opisu Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS”, który stanowił załącznik nr 12 do SIWZ;

3) wprowadzenia oświadczenia, że ITS zapewniany przez Zamawiającego umożliwi realizację zamówienia. Zamawiający wskazał, że nie wprowadził modyfikacji identycznej z żądaniem (...) lecz wprowadził rozwiązanie, które w jego ocenie zabezpieczało słuszny interes wykonawców. Wprowadził bowiem mechanizm uchylający ich odpowiedzialność w przypadku, gdyby nienależyte wykonanie usług było spowodowane wadliwym działaniem ITS zapewnianym przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że skarga dotyczy wyłącznie punktu 3) odwołania i uznał za całkowicie bezpodstawne twierdzenia (...) odnośnie istnienia różnicy między „nieprawidłowo działającym” a „niewystarczającym” ITS.

Zamawiający uznawał, że Skarżący opierał swój zarzut na zawężającej wykładni terminu „nieprawidłowe działanie ITS Zamawiającego”, wbrew wykładni tego pojęcia dokonanej kilkukrotnie przez ZUS. Na wzmocnienie tej argumentacji, zostały przytoczone dowody w postaci:

- odpowiedzi na odwołanie – strona 6 i 7;
- stanowisko Zamawiającego na rozprawie z dnia 26 maja 2020 r. – strona 5, potwierdzające rozumienie w sposób tożsamy do stanowiska wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie oraz wykazujące jego dotychczasową praktykę w zakresie stosowania procedury P01.

Zamawiający ponadto wskazał na stanowisko KIO, zawarte na k. 111 uzasadnienia wyroku, w którym to jednoznacznie potwierdzono prawidłowość takiej wykładni. Oznacza to, zdaniem ZUS przyznanie wprost zarówno przez Zamawiającego jak i KIO, że niewystarczalność ITS stanowi jedną z okoliczności wskazanych w art. 8 ust. 4 umowy.

W kolejnej zmianie postanowień SIWZ, z dnia 06 sierpnia 2020 r., Zamawiający opublikował Modyfikację nr 1 dotyczącą nigdy nie zakwestionowanego art. 8 ust. 4 Umowy, w której dodał treść:

„przez nieprawidłowe działanie infrastruktury techniczno – systemowej Strony rozumieją również sytuację, w której ITS jest niewystarczający do świadczenia usług”.

Zarzut nr 4 skargi

Zamawiający w pełni podtrzymał stanowisko prezentowane w odwołaniu.

Dodatkowo wskazał, iż przeprowadzenie obu etapów (Transferu Wiedzy i Weryfikacji Kompetencji) w stosunku do wykonawców dotychczasowych jest niecelowe i bezprzedmiotowe, a dodatkowo pochłania środki Zamawiającego oraz czas, który z uwagi na tryb zawierania umowy jest ograniczony.

Zamawiający nie akceptował w jakimkolwiek zakresie domagania się (...) w stosunku do siebie przeprowadzenia etapów transferu wiedzy i weryfikacji kompetencji. Wskazywał ZUS, że (...) jest twórcą systemu KSI ZUS, przez ponad 20 lat świadczył Skarżący usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji dla całego systemu. Ponadto w ciągu ostatniego roku świadczył je w ponad połowie usług i co bardzo istotne pełni kluczową dla całości systemu KSI rolę **Integratora**. (...) uczestniczy w rozwoju systemu KSI ZUS w ramach realizacji umowy rozwojowej oraz jest uczestnikiem różnych komitetów i struktur koordynacyjnych usług IT w ramach KSI ZUS.

Zamawiający odniósł się również do żądania, aby te ww. etapy przechodził (...). Wskazał za nieracjonalne oczekiwanie od ZUS, aby ponownie to czynił gdyż ten wykonawca przez równo rok czasu przed rozpoczęciem realizacji usług zapoznawał się z systemem KSI ZUS w ramach tzw. Okresu Przejęcia (03.2018 - 02.2019).

Także ten wykonawca świadczy cały czas usługi utrzymania w 40% KSI ZUS oraz uczestniczy – analogicznie jak (...) – w jego rozwoju i jest członkiem tych samych komitetów sterujących i koordynujących działania w ramach KSI ZUS.

Reasumując swoje stanowisko, Zamawiający wskazał na utrzymywanie całości systemu KSI ZUS wyłącznie przez tych 2 wykonawców. KSI ZUS jest systemem „naczyni połączonych” i konieczne było wypracowanie modelu pełnej współpracy tych wykonawców. Obaj też mają pełną dokumentację systemu KSI ZUS, także na bieżąco mogą zapoznawać się z działaniem systemu, w tym w znacznej części (poprzez tryb „do odczytu”) z obszarem utrzymywanym przez drugiego z wykonawców.

Zarzut nr 10 skargi

W pierwszej kolejności, ZUS wskazał, że zgodził się w całości z treścią odwołania w tej materii, a więc dotyczącą definicji wszystkich wskazanych tam Incydentów (krytyczny, niski, średni wsad i VIP) i zmodyfikował stosownie SIWZ.

Zamawiający odnosząc się do żądania wykreślenia słów „w szczególności”, w definicji Incydentu krytycznego, wskazał na stronę 35 odwołania. W jego ocenie (ZUS), Odwołujący/Skarżący uznawał definicję zastosowaną w analogicznym postępowaniu z 2015 r. za wzorcową, tym samym zgodną z Pzp.

Sformułowanie „w szczególności” istniało w definicji z 2015 r. i zostało zastosowane w przedmiotowym postępowaniu. Oznacza to, że Zamawiający zmodyfikował definicję w sposób zgodny z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponadto, Zamawiający wskazał na to, iż doprecyzował definicję poprzez jakie incydenty będzie uznawał za krytyczne używając pojęć „całkowity brak możliwości”, „brak funkcjonowania”, „albo takie ograniczenie możliwości korzystania z powyższego, że przestaje spełniać swoje funkcje”. Intencją Zamawiającego – jak twierdził – było uznanie incydentu za krytyczny, jeśli zaistnieją zdarzenia, które całkowicie uniemożliwią korzystanie z systemu lub jego części.

Zwrot „w szczególności” musi być zdaniem Zamawiającego zachowany, jego wykreślenie spowodowałoby bowiem niemożność uznania żadnego innego incydentu niż te wymienione przykładowo w definicji, mimo zaistnienia zdarzenia wywołującego efekt krytyczny w systemie lub jego części.

Zamawiający odniósł się także do drugiej części zarzutu i stwierdził jednoznacznie, iż nie ma on nic wspólnego z definicjami incydentów. Skarżący bowiem jedynie kwestionował mechanizm zmiany kwalifikacji incydentu z niskiego do średni wsad, tj. zdanie:

„Zamawiający na każdym etapie obsługi Zgłoszenia może podnieść poziom świadczenia usługi serwisowej z Incydent niski do Incydent średni wsad, z uwzględnieniem limitu dla poziomu świadczenia Usługi serwisowej Incydent średni wsad”.

ZUS wskazał na procedurę zgłaszania błędu, który nie ma charakteru krytycznego i jego kwalifikację – zazwyczaj – jako incydentu niskiego. Wyjaśnił jednocześnie, iż czas naprawy takiego błędu/incydentu jest stosunkowo długi. Zdarzają się jednak sytuacje, gdy błąd staje się bardziej dotkliwy i powoduje częściowy brak możliwości korzystania z systemu. Wypełnia tym samym dyspozycję Incydentu średni wsad.

Zamawiający zamiast zgłaszać odrębnie jako nowy incydent zmienia/przekształca go w incydent średni wsad. ZUS zaznaczył przy tym, iż nie wpływa to na zwiększenie limitu incydentów średnich i może być jedynie dokonana wówczas, gdy jest ich maksymalnie 5 w danym tygodniu. Ponadto nie wpływa to na czas realizacji, który jest identyczny do sytuacji, gdyby Zamawiający zgłosił ten incydent od nowa tylko w ramach innej kategorii. Zmiana poziomu incydentu pozwala na kontynuację działań w ramach jednego zgłoszenia, w tym zachowanie historii naprawy.

Na zakończenie ustosunkowania się do tej części zarzutu nr 10, ZUS wskazał na brak takiego zarzutu w odwołaniu (...). Zarzut ten został dopiero sformułowany w trakcie rozprawy w dniu 26 maja 2020 r., w konsekwencji powinien zostać pozostawiony bez rozpoznania jako spóźniony.

Zarzut 12 skargi

Zamawiający ponownie uznał zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp za chybiony. Odniósł się do uzasadnienia zaskarżonego wyroku KIO, wskazując na argumentację tam zawartą (strona 119 uzasadnienia).

Z oczywistych powodów podzielił argumentację Izby i podtrzymał ocenę własnej argumentacji z postępowania odwoławczego jako: spójną, wyczerpującą i odwołującą się do dokumentów (treści załączników do umowy) oraz dowodów złożonych na rozprawie dotyczących znaczenia rejestrów (aneks do umowy z (...) z 01 sierpnia 2019 r.)

Zamawiający ponownie wskazał na niezasadność upublicznienia treści Rejestrów z uwagi na ich wrażliwy i poufny charakter. Posiadanie tych informacji zawartych w rejestrach umożliwiłoby dokonanie cyberataku, którego negatywne konsekwencje odbiłyby się na bezpieczeństwie informacji o każdym obywatelu RP, które znajdują się w systemie KSI ZUS.

Najistotniejsze natomiast jest, że dokument ten nie jest niezbędny a contrario jest zbędny gdyż zakres usług opisują metryki usług opisane w załącznikach nr 6 – 10 do Umowy. Zamawiający wskazywał, że dokumenty te (Rejestry) nie były wcześniej potrzebne do przygotowania ofert w żadnym ze wcześniejszych postępowań, ani zawartym w trybie konkurencyjnym, ani w trybie zamówienia z wolnej ręki. Nie były to więc dokumenty, które identyfikowały kiedykolwiek wcześniej zakres usług utrzymania. Rejestry powstały na podstawie metryk usług i mają charakter następczy. Nie wykraczają poza metryki usług ani ich nie kształtują lecz przyporządkowują pewne elementy architektury systemu KSI ZUS do danych usług. Mają charakter porządkujący, a nie kształtujący zakres świadczenia.

Zamawiający wskazał także, że Rejestry nie wpływają na wycenę usług. Rejestry zostały wprowadzone aneksami do umów w sierpniu 2019 r. i nie wpłynęły w żaden sposób na zmianę wynagrodzenia zarówno (...) jak i (...).

Zarzut 13 skargi

Zamawiający ponowił argumentację z odwołania.

Wskazał, iż obecny sposób obsługi błędów jest wadliwy gdyż terminy określające czas realizacji naprawy incydentów są iluzoryczne. Wykonawca de facto może w nieskończoność wydłużać termin, poprzez zadawanie kolejnych pytań dotyczących zgłoszenia incydu. Każde kolejne pytanie zatrzymuje bowiem czas obsługi.

Zdaniem ZUS, zaproponowane przez niego rozwiązanie jest trzecią opcją – kompromisową. W niej to Zamawiający przekazuje dane, które posiada i które wydają mu się istotne dla celu zgłoszenia, a wykonawca po wstępnej ocenie określa zakres brakujących informacji. Pierwsze pytanie wykonawcy zatrzymuje czas na usunięcie incydu.

Zamawiający uznał, że kwestionowane postanowienie nie narusza żadnego przepisu ustawy Pzp, jest jasne, zrozumiałe i nie preferuje żadnego z wykonawców.

Przystępujący po stronie Zamawiającego – (...) także złożył pisemną odpowiedź na skargę, w której wnioskował o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odpowiedź zawierała szczegółowe uzasadnienie i ustosunkowanie się do poszczególnych zarzutów skargi (vide – k. 401 do 411).

Skarżące (...), w dniu 30 września 2020 r. złożyło pismo określone jako stanowisko końcowe – załącznik do protokołu rozprawy.

W piśmie tym, Skarżący ocenił postępowanie Zamawiającego jako *de facto* uznanie niewłaściwe zarzutu nr 1, czym ZUS zaspokoił roszczenie (...) w tym zakresie. Strona skarżąca widziała możliwość cofnięcia tego zarzutu lecz z takiej możliwości nie skorzystała świadomie, z uwagi na formę, w jakiej dokonała się zmiana postanowienia Umowy, tj. w formie przypisu.

W konsekwencji, (...) uzależniało swoje stanowisko od decyzji Sądu Okręgowego:

1. w przypadku uznania przez Sąd, że zmiana Umowy dokonana w formie przypisu jest skuteczna – wnoszono o umorzenie postępowania w tym zakresie (z uwagi na spełnienie przez ZUS roszczenia Skarżącego) i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i skargowego w przedmiotowym zakresie;
2. w przypadku uznania przez Sąd, że zmiana Umowy dokonana w formie przypisu nie jest skuteczna – (...) wносиło o merytoryczne rozpatrzenie zarzutu.

W piśmie tym odniesiono się ponownie do pozostałych zarzutów skargi, podtrzymując dotychczasowe stanowisko.

Na rozprawie w dniu 30 września 2020 r., poprzedzającej wydanie wyroku przez tut. Sąd Okręgowy, Skarżący ponownie zmodyfikował skargę, tym razem w zakresie zarzutu nr 10.

Pełnomocnik (...) oświadczył bowiem, iż wnosi analogicznie jak w zarzucie nr 1, tj. w zakresie definicji incydentów wskazanych w skardze, z wyjątkiem tej części zarzutu dotyczącego Incydentu krytycznego i odnoszącej się do zwrotu „w szczególności”.

Stanowisko ZUS i (...) było niezmiennie – skarga winna zostać oddalona w całości jako bezzasadna.

ROZWAŻANIA SĄDU OKRĘGOWEGO:

Skarga była w całości bezzasadna i tym samym podlegała oddaleniu, a *contrario* zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej należało pozostawić w obrocie prawnym w niezmienionej treści.

Na wstępie rozważań, Sąd musi odnieść się do kwestii procesowych i wyjaśnić swoje stanowisko odnośnie zakresu formułowanych przez (...) zarzutów skargi i ich modyfikacji.

Nie budziło wątpliwości kogokolwiek w niniejszej sprawie (ZUS, (...) i (...)), iż zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp, w uzasadnionych przypadkach Zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia wtedy na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej.

Do takiej sytuacji faktycznej w przedmiotowym zamówieniu publicznym doszło, a okoliczność, że doszło do tego po wniesieniu odwołania nie wpływa na ważność i moc prawną czynności. Żaden bowiem przepis Pzp nie zabrania Zamawiającemu dokonywania takich zmian z chwilą zawiśnięcia sporu przed Izbą.

Na powyższe uprawnienie wskazywała także KIO w uzasadnieniu swojego wyroku (*vide* - k. 277v i 278). Izba argumentowała słusznie, iż z tą chwilą zmienił się stan faktyczny sprawy, w odniesieniu się do części zarzutów odwołania. Wskazano także na możliwość wywiedzenia od nowej czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne, odrębnego odwołania, w którym wykonawca będzie mógł wskazać pełne podstawy do kwestionowania zmodyfikowanej/nowej czynności Zamawiającego.

Ponadto, Sąd Okręgowy jednoznacznie i w pełni aprobuje stanowisko KIO, które już zostało przywołane w pierwszej części niniejszego uzasadnienia.

Izba powołała się, uzasadniając wydane orzeczenie, m.in na art. 191 ust. 2 Pzp i wywiodła, że gdy dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ doprowadziła do całkowitej zmiany treści kwestionowanego zarzutem postanowienia, rozpatrywanie zarzutu odnoszącego się do tego postanowienia staje się bezprzedmiotowe.

Natomiast co do zarzutów odnoszących się do częściowo zmodyfikowanych postanowień – o ile pozostają aktualne, mimo zmiany ich brzmienia i nie zostały przez odwołującego cofnięte – to powinny one zostać rozpoznane w odniesieniu do stanu ustalonego w toku postępowania odwoławczego, a więc stanu po dokonaniu modyfikacji SIWZ, a nie stanu nieobowiązującego – z zastrzeżeniem, że przy rozpoznaniu takiego zarzutu nie dokonuje się oceny i rozstrzygnięcia w zakresie samej modyfikacji, ponieważ do tego służy odwołanie od tej czynności, ale jej znaczenia dla rozpatrywanego zarzutu, odnoszącego się do kwestionowanej w odwołaniu treści SIWZ.

To stanowisko KIO nie stoi w sprzeczności ze stanowiskiem tut. Sądu Okręgowego, zaprezentowanym w wyroku z 19 grudnia 2016 r. (Sygn. akt XXIII Ga 780/16). Jest wręcz przeciwnie, stanowiska te są ze sobą zbieżne.

W sprawie rozpoznanej przez tut. SO w 2016 r., Zamawiający próbował nieskutecznie zastosować wybieg, polegający na drobnych, można rzec „kosmetycznych” modyfikacjach postanowień SIWZ, nie wpływających w najmniejszym zakresie na merytoryczną treść tej części SIWZ, a tym samym na formułowany zarzut odwołania.

Jednocześnie oczekiwał usankcjonowania przez Sąd Okręgowy tej zmiany, poprzez uznanie zarzutu za bezprzedmiotowy gdyż odnoszący się do pierwotnej treści SIWZ, która już nie istniała. Sąd nie mógł się na to zgodzić gdyż kryterium powinno być inne – takie jak zostało wyartykułowane nadzwyczaj trafnie przez KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Stanowisko (...) było jednak całkowicie niekonsekwentne i tym samym wadliwe.

(...) podtrzymało zarzuty nr 1 i 10 jeszcze na etapie postępowania odwoławczego mimo zaistnienia bezspornych daleko idących modyfikacji postanowień SIWZ przez ZUS z dnia 03 kwietnia 2020 r. (modyfikacja 33) i z dnia 20 maja 2020 r. (modyfikacja 88). Przypomnieć należy, iż wyrok KIO jest z 19 czerwca 2020 r., w więc bez mała miesiąc od ostatniej z ww. modyfikacji.

Jednocześnie jednak (...) wywiodło oddzielne odwołanie na czynność Zamawiającego w postaci modyfikacji z dnia 03 kwietnia 2020 r. (vide – odwołanie z dnia 10 kwietnia 2020 r., Sygn. akt KIO 783/20).

Oznacza to, że w części odwołanie i następnie niniejsza skarga pokrywały się z kolejnym odwołaniem i kolejną skargą rozpoznaną pod sygn. akt XXIII Ga 1317/20, od innego wyroku KIO z dnia 01 lipca 2020 r (Sygn. akt KIO 783/20).

Bezsporne w sprawie także było, że zakres skargi nie odpowiadał zakresowi odwołania.

- Zarzut nr 1 skargi ograniczał się do 1 żądania, a odwołanie formułowało 3 żądania.
- Zarzut nr 10 skargi nie obejmował definicji Incydentu VIP, w odróżnieniu od odwołania. Ponadto dopiero w skardze żądano wykreślenia postanowień o uprawnieniu Zamawiającego do podniesienia poziomu świadczenia Usługi serwisowej z Incydentu niskiego do incydentu średni wsad, co stanowiło istotne novum wobec sformułowanego wcześniej odwołania.

Ponownie – jak w uzasadnieniu wyroku XXIII Ga 1350/20 – wskazać należy na jednoznaczne brzmienie art. 198f ust. 5 Pzp, który stanowi: Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Powyższy przepis ustawy stanowi wyraz konsekwencji ustawodawcy, aby organy orzecznicze (KIO i SO) orzekały wyłącznie w zakresie zarzutów, które sformułowane zostały pierwotnie w odwołaniu. Izbę bowiem wiązał analogiczny przepis Pzp – art. 192 ust. 7.

Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, iż możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania, jak miało to miejsce odnośnie zarzutu nr 1 skargi. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania KIO były trzy żądania to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania.

Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez „zastąpienie” dotychczasowych żądań innym żądaniem, nawet gdy wcześniej tych żądań było więcej, a w skardze pojawia się tylko jedno. Przesądzające bowiem jest kryterium „orzekania” o nim przez KIO. Jeśli nie było przedmiotem badania, analizy faktycznej i prawnej oraz rozstrzygnięcia Izby, nie może być poddane teraz tym samym czynnościom, dopiero przez SO, który stanowi drugą instancję, kontrolującą prawidłowość rozstrzygnięcia KIO. Nie sposób zaś poddać kontroli przedmiot sprawy, który nie był wcześniej rozstrzygnięty.

Uwaga powyższa jest natury ogólnej i nie odnosi się do zarzutu nr 10 odwołania/skargi, mimo zwracania uwagi sądowi na ten aspekt sprawy przez Zamawiającego. Zarzut nr 10 został bowiem oddalony jako całkowicie bezzasadny, a tym samym rozpoznany w całości merytorycznie. Ponadto, wbrew pozorom te nowe okoliczności wpływały z faktu dokonania zmian przez ZUS w postanowieniach SIWZ i przyjęcia określonych ram „definicji” Incydentów, które wcześniej nie istniały.

Sąd Okręgowy jednak ten aspekt szerzej poruszy w uzasadnieniu do wyroku w sprawie XXIII Ga 1317/20, gdyż tożsamy zarzut był przedmiotem odwołania i skargi.

Na końcu, tej części uzasadnienia, Sąd Okręgowy odniesie się krytycznie do stanowiska procesowego (...), wyartykułowanego w końcowej fazie postępowania skargowego. Dotyczy to jakoby niepodtrzymywania zarzutu i oczekiwania od sądu „warunkowego” umorzenia postępowania w tym zakresie, o ile sąd uzna modyfikacje postanowień SIWZ za prawidłowo usytuowane w Umowie. W przypadku zaś nieuznania za prawidłowe podtrzymywania w całości zarzutu. Skarżący oczekiwał więc „przedsądu” na etapie badania zakresu zarzutu. Tymczasem to strona decyduje o tym jaki jest zakres zaskarżenia, a sąd jedynie ocenia jego zasadność.

Podobnie należy odnieść się do „cofania zarzutu” w jego części i jednocześnie podtrzymywanie w pozostałym zakresie. Sąd nie widzi podstaw do umorzenia postępowania w zakresie „fragmentu zarzutu” skargi i rozstrzygnięcia merytorycznego pozostałej części tego zarzutu. Uznał więc, że doszło jedynie do kolejnej modyfikacji zarzutów skargi (nr 1 i 10) i ocenił zarzuty jako całość gdyż były w dalszym ciągu były przez stronę podtrzymywane.

Konsekwencją powyższego było podtrzymywanie wszystkich zarzutów skargi, mimo kolejnych zmian w postanowieniach SIWZ dokonanych po jej złożeniu lecz przed wyrokowaniem Sądu Okręgowego.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Sąd Okręgowy poniżej wyjaśni dlaczego każdy z nich był bezzasadny.

Zarzut nr 1 sprowadzał się do żądania, aby w treści Umowy było zawarte sformułowanie gwarantujące, że ITS zapewniany przez Zamawiającego umożliwi realizację umowy zgodnie z wymaganiami Umowy, w szczególności z wymaganiami określonymi w Załącznikach 6-10.

Jeszcze raz należy odnieść się tej części odwołania, które składało się z trzech żądań. Nie zostało ono do dnia wyrokowania przez KIO zmodyfikowane przez (...) mimo, iż Zamawiający zadośćczynił de facto żądaniu odwołania poprzez dodanie do definicji Infrastruktury Techniczno – Systemowej (ITS) treści:

- „pozostające w dyspozycji Zamawiającego” (3.04.2020 – modyfikacja 33)
- „udostępnione przez Zamawiającego” (20.05.2020 – modyfikacja 88);

Nie budziło więc wątpliwości „jaka” ITS jest zdefiniowana w Umowie – ITS Zamawiającego, tj. będąca nie tylko w jego dyspozycji ale także udostępniana przez niego.

Poniżej, brzmienie po zmianach:

Infrastruktura techniczno-systemowa (ITS)	Powiązane funkcjonalnie elementy: sprzęt komputerowy i peryferyjny, sieci lokalne, sieci zasilające odbiorcze oraz sieć rozległa, wraz z odpowiednim oprogramowaniem systemowym i narzędziowym, w tym oprogramowaniem do zarządzania sieciami, pozostające w dyspozycji i udostępnione przez Zamawiającego.
--	---

Słusznie więc oddalono a nie umorzono odwołanie (...) w zakresie żądań 2 i 3. Odwołującemu jednak to nie wystarczyło i w dalszym ciągu żądało jednoznacznego zapisu gwarantującego wykonawcy, że ITS Zamawiającego umożliwia realizację Umowy. Postanowiło więc wnieść o to m.in. skargę do tut. Sądu.

Skarżący nie akceptował stanowiska Zamawiającego, że nie może on takiej gwarancji zapewnić, tj. prawidłowego działania własnego ITS, zawsze i w każdych warunkach.

Ponadto, Skarżący nie akceptował argumentacji ZUS, wskazującej na niekwestionowany zapis art. 8 ust. 4 Umowy, który gwarantował wykonawcy uwolnienie się od odpowiedzialności w przypadku nieprawidłowego działania ITS Zamawiającego.

(...) uznawało to za niepełne i nie gwarantujące wykonawcy bezpieczeństwa na wypadek gdy ITS będzie „niewystarczające”. Rozróżniał bowiem te dwa pojęcia i uznawał, że istnieje sprzeczność pomiędzy treścią SIWZ (po modyfikacji) a stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego.

(...) nie pozostawało bezczynne i w dniu 15 czerwca 2020 r. zadało pytanie (w trybie art. 38 ust. 1 Pzp):

„Wykonawca uważa, że zgodnie z zasadami obowiązującymi na rynku IT czym innym jest „nieprawidłowe działanie ITS” a czym innym „działanie ITS niewystarczające dla świadczenia usług zgodnie z Umową i dochowania SLA”, czyli prawidłowe działanie ITS, ale ITS o parametrach niewystarczających do zapewnienia SLA (np. za mała moc obliczeniowa, za mało pamięci, za wolne interfejsy). Niemniej jednak – jak wynika z powyższego – Zamawiający uważa, iż działanie ITS w sposób uniemożliwiający dochowanie SLA mieści się w kategorii nieprawidłowego działania.

Wykonawca zwraca się o potwierdzenie powyższego stanowiska poprzez zamieszczenie w/w wykładni postanowienia art. 8 ust. 4 pkt 4 Umowy w ogólnie dostępnej dokumentacji postępowania, np. poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie.”

Jak zaznaczono, Zamawiający do dnia wniesienia skargi nie odpowiedział na pytanie i dlatego (...) uznało zarzut za zasadny i konieczny do wyartykułowania w skardze.

ZUS, nie zgadzał się konsekwentnie ze stanowiskiem (...) i uznawał, że niewystarczający ITS mieści się w ramach nieprawidłowo działającego ITS i artykułował to zarówno na etapie postępowania odwoławczego jak i skargowego. Nie można więc było w żadnym razie twierdzić, że doszło do uznania zarzutu.

Zamawiający jednocześnie jednak, w kolejnej zmianie postanowień SIWZ, dokonanej dnia 06 sierpnia 2020 r., opublikował Modyfikację nr 1 dotyczącą art. 8 ust. 4 Umowy, w której dodał treść:

„przez nieprawidłowe działanie infrastruktury techniczno – systemowej Strony rozumieją również sytuację, w której ITS jest niewystarczający do świadczenia usług”.

(...) przyjęło to stanowisko do wiadomości i w zasadzie uznało za spełnienie jego oczekiwań lecz ostatecznie podtrzymało zarzut skargi, wcześniej czyniąc jednak „ekwilibrystykę” prawną odnośnie warunkowego umorzenia postępowania, na wypadek gdy sąd uzna za skuteczną ww. modyfikację.

Zarzut nr 1 skargi był niezasadny od samego jej początku.

Wymagania (...) wobec Zamawiającego były zbyt daleko idące i tym samym bezpodstawne. Już samo zdefiniowanie oczekiwań w odwołaniu pokazywało intencje wykonawcy, aby zabezpieczyć swoje interesy w możliwie najszerszy sposób, nie w każdym elemencie akceptowanym zarówno przez Zamawiającego, KIO a ostatecznie także przez Sąd Okręgowy.

Zachowanie Skarżącego podszyte było – dającą się wychwycić przez sąd – daleko posuniętą nieufnością wobec Zamawiającego i zmierzało do przerzucenia (w tym aspekcie) na ZUS odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie umowy.

Stanowiło to odwrócenie ról – to nie ZUS miał być wykonawcą usług wsparcia i utrzymania własnego KSI lecz ewentualnie (...) jako wykonawca i ono miało za to wziąć nie tylko godziwe wynagrodzenie ale także odpowiedzialność. To nie Zamawiający więc miał wykazywać, że jego Infrastruktura „umożliwia” realizację umowy i składać oświadczenia w tym zakresie. Oczywistym bowiem jest, iż skoro prowadzi przetarg na świadczenie usług utrzymania KSI ZUS to co do zasady posiada infrastrukturę techniczno-systemową umożliwiającą realizację Umowy przez wykonawcę.

W zapisach SIWZ, Zamawiający powinien jednak zagwarantować wykonawcy (w ramach dobrych praktyk biznesowych) możliwość uniknięcia odpowiedzialności na wypadek gdyby nie mógł on realizować umowy z uwagi na „nieprawidłowy ITS Zamawiającego”. Taki zapis był jednak od początku w SIWZ, znajduje się w art. 8 ust. 4 Umowy. Mimo niezakwestionowania jego treści, (...) twierdziło cały czas, że jest on niewystarczający.

Zdaniem Sądu Okręgowego, definicja „nieprawidłowego ITS” w rozumieniu Skarżącego była interpretowana zbyt wąsko.

Nie każde nieprawidłowe działanie ITS Zamawiającego oznacza, że jest on niewystarczający. Nieprawidłowe działanie może bowiem być spowodowane wadliwym funkcjonowaniem systemu o optymalnych parametrach technicznych czy też jego uszkodzeniem, zarówno jego fizycznych elementów (hardware) jak i niematerialnych (software). Jednakże jeśli ITS jest niewystarczający to zawsze będzie to jeden z elementów nieprawidłowego działania ITS, a więc mieści się w tym pojęciu.

Nieprawidłowość w tym wypadku polega bowiem na tym, iż ITS Zamawiającego nie ma cech wymaganych do prawidłowej realizacji umowy. Obrazowo to ujmując działa ITS np. w 80% i wykonuje wszystkie funkcje w tym zakresie bez zarzutu lecz, aby mogło prawidłowo działać musiałyby mieć 100%, a tych 20% brak – bo system ma za mało mocy, pamięci i jest zbyt wolny.

Jeśli bowiem Infrastruktura Techniczno – Systemowa ma za małą moc niż jest wymagana to system nie może działać prawidłowo. To samo dotyczy sytuacji gdy jest za mało pamięci, aby Infrastruktura mogła być obsługiwana. Jako zaś oczywistą należy przyjąć wadę/nieprawidłowość Infrastruktury jeśli ma zbyt wolne interfejsy, nie dostosowane do wymagań jakich oczekuje się od niej.

Można podać także inny, prosty przykład z całą pewnością zrozumiały dla każdego, profesjonalnego uczestnika w tej sprawie:

Jeśli komputer ma zbyt małą ilość pamięci RAM, zbyt słaby procesor, kartę graficzną czy nawet niską rozdzielczość ekranu i szybkość jego odświeżania - to mimo, że te elementy działają prawidłowo, na 100% swoich „mizernych” możliwości, płynne odtworzenie skomplikowanej i rozbudowanej gry będzie niemożliwe.

Tym samym komputer będący systemem/połączeniem wielu urządzeń elektronicznych będzie działał nieprawidłowo gdyż nie spełni celu w jakim został stworzony, używając potocznego zwrotu „gra nie będzie chodzić na nim prawidłowo”.

Właściwe utrzymanie więc takiego komputera i jego prawidłowa eksploatacja nie będzie mogła w żaden sposób wpłynąć na to, aby w przyszłości gra mogła zostać uruchomiona. Za to jednak nie może odpowiadać ten, który świadczy takie usługi – co zdaniem SO jest oczywiste.

Nawet gdyby jednak Sąd nie prezentował ww. stanowiska to i tak zarzut nr 1 zasługiwał na oddalenie z chwilą opublikowania zmiany nr 1 do art. 8 ust. 4 Umowy. Modyfikacja ta *expressis verbis* musiała rozwiać wątpliwości (...), które jednak nie było do końca tym usatysfakcjonowane, tym razem formą zmiany dokonaną przez Zamawiającego w Umowie za pomocą przypisu.

Odnosząc się do zarzutu nr 4, Sąd Okręgowy uznał go w części za pozbawiony przymiotu wykazania interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, a w pozostałej części za bezpodstawny.

Za pozbawiony interesu był zarzut dotyczący pominięcia (...) pod kątem przeprowadzenia etapu Transferu Wiedzy oraz Weryfikacji Kompetencji Wykonawcy. Skarżący cały czas podkreślał, iż został bezpodstawnie uprzywilejowany (podobnie jak (...)) – druga część zarzutu) w stosunku do innych wykonawców.

Wywodziło (...), zarówno w odwołaniu jak i w skardze, iż ma interes prawny gdyż w przyszłości potencjalny inny wykonawca niż ww. dwaj może skutecznie skarżyć postanowienia SIWZ i zarzucać nierówne traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej (a więc zarówno odwołanie jak i skarga) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Muszą więc być spełnione kumulatywnie 3 przesłanki (przesądza o tym spójnik „oraz”):

1. interes w uzyskaniu zamówienia,
2. poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez ubiegającego się o zamówienie publiczne;
3. naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp, które sprokurowało przesłankę nr 2.

Skarżący wykazał wyłącznie pierwszą przesłankę, w kontekście swojej osoby – bezsporne, a więc nie wymagające uzasadniania.

Z całą pewnością nie wykazał jednak poniesienia szkody. Uprzywilejowanie jest zaprzeczeniem szkody, oznacza przysporzenie, zysk – w postaci otrzymania pozycji w postępowaniu, której nie ma ktoś inny. Możliwość zaś zaistnienia szkody jest czysto hipotetyczna i uzależniona od czynników nieobiektywnych i niepewnych. Błędnie bowiem, na potrzeby składania środków ochrony prawnej, z góry zakładano działanie podmiotów trzecich (innych wykonawców), które mogą w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne nie wystąpić. Skarżący zaś antycypował zachowanie tych potencjalnych podmiotów.

Najważniejsze jednak, że (...) nie wykazało, aby w tym zakresie ZUS naruszył przepisy Pzp, tj. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Równe traktowanie wykonawców nie oznacza zawsze nałożenie na nich identycznych wymogów. Sąd Okręgowy w swych rozważaniach nie analizował szczegółowo 20 letniej historii funkcjonowania KSI ZUS i nie badał kto, na jakim etapie i w jakim zakresie odpowiadał za eksploatację i utrzymanie ww. systemu, w całym tym okresie.

Nie było to konieczne (choć nie można pomijać całkowitym milczeniem długoletniej obecności i roli (...) a następnie (...) w zamówieniach publicznych organizowanych przez ZUS), ważne bowiem jest kto aktualnie od ponad 1,5 roku (na moment orzekania) odpowiada za system KSI ZUS.

Wszyscy byli zgodnie, że za całość tego skomplikowanego i potężnego systemu informatycznego odpowiadają wyłącznie (...) i (...) (odpowiednio 60% i 40% = 100%). Wykonują umowę prawidłowo, a ZUS w żaden sposób nie kwestionuje jakości i terminowości jej wykonywania, o czym świadczy nie tylko a priori dopuszczenie do udziału w postępowaniu ale właśnie potraktowanie w postanowieniach SIWZ tych wykonawców w inny sposób niż pozostałych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o zamówienie.

Sąd Okręgowy z pełną świadomością użył słowa „inny sposób” gdyż nie traktuje Skarżącego i Przystępującego po stronie Zamawiającego jako uprzywilejowanych, w sensie pejoratywnym. Oczywiście być powinno także dla wszystkich, że ww. wykonawcy posiadają, z racji bieżącego wykonywania umowy zarówno odpowiednią wiedzę jak i właściwe kompetencje. Nie bez znaczenia jest także współdziałanie tych podmiotów w ramach różnych gremiów/komitetów i na bieżąco czuwanie nad prawidłowym funkcjonowaniem KSI ZUS.

Wymaganie więc od Zamawiającego, aby te podmioty przechodziły etapy Wiedzy i Weryfikacji Kompetencji, należało uznać za irracjonalne, nielogiczne i zmierzające do marnotrawienia czasu oraz pieniędzy ZUS – instytucji publicznej utrzymywanej przez podatników.

Sąd Okręgowy przyznał także rację argumentacji Zamawiającego, odnoszącej się do wykonawcy (...). Wskazano w niej – i nikt temu nie przeczył – na fakt przejścia przez tego wykonawcę już przez te etapy. (...) przed rozpoczęciem realizacji aktualnych usług zapoznawał się z systemem KSI ZUS w ramach tzw. Okresu Przejścia, który trwał rok czasu – od marca 2018 r. do lutego 2019 r.

Reasumując tę część wywodów, (...) i (...) „zapracowały” sobie na posiadanie „uprzywilejowanej” pozycji. Posiadają wiedzę i kompetencje, której inni wykonawcy są pozbawieni. W związku z tym, aby wyrównać choćby w jakiejś części sytuację wszystkich potencjalnych oferentów, którzy będą ubiegać się o zamówienie, ze wszech miar słusznie Zamawiający nałożył dodatkowe wymagania na innych wykonawców, niż na ww.

Podtrzymywanie zarzutu nr 10, jeszcze na etapie trwania postępowania odwoławczego były niewłaściwe. Oczywiście więc jest, że tym bardziej bezzasadne było kontynuowanie tego zarzutu (po kilku modyfikacjach) na etapie postępowania skargowego.

Punktem wyjścia musi być treść zarzutu odwołania, który wskazywał jakie było żądanie/oczekiwanie (...) w tym przedmiocie.

Odwołujący zawniósł o wprowadzenie prawidłowych definicji Incydentu krytycznego, Incydentu niskiego, Incydentu średniego oraz Incydentu VIP. Dalej wskazywano, przywołując omawiany już wyrok tut. Sądu z 2016 r., o braku chęci narzucania Zamawiającemu treści tych definicji, zgadzając się z poglądem Sądu, iż to Zamawiającemu przysługiwać powinna możliwość ułożenia definicji, zaś gdyby definicje te były wadliwe, to zawsze służyć będą wykonawcy środki ochrony prawnej przewidziane w Pzp.

Zamawiający jeszcze na etapie postępowania odwoławczego ***w całości zadośćuczynił żądaniu odwołania*** i sformułował definicje wszystkich incydentów wskazanych w odwołaniu. Uczynił to w modyfikacjach postanowień SIWZ, odpowiednio z dnia 03 kwietnia 2020 r. (Modyfikacje nr 29, 30, 31, 32) i z dnia 20 maja 2020 r. (modyfikacja nr 86 i 87).

Mimo tego faktu i wbrew swojemu stanowisku zawartemu w pierwotnym odwołaniu, (...) postanowiło iść dwutorowo, tj. kontynuować postępowanie odwoławcze, prowadzone pod sygn. akt (...) i dalej skargowe, a jednocześnie wywieść odrębne odwołanie na czynność modyfikacji z 03 kwietnia 2020 r. i kolejną skargę.

Zachowanie takie zostało uznane za nie do zaakceptowania przez Sąd – argumentacja za tym przemawiająca wskazana została w pierwszej części rozważań. Dlatego też należało oddalić skargę także w zakresie zarzutu nr 10, a badanie w istniejącym stanie faktycznym przesłanek z art. 29 ust. 1 Pzp uznać za bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 12 skargi, dotyczący braku wypełnienia Rejestrów – Dodatki A, B i C do Załącznika 5 Umowy nie zyskał akceptacji Sądu, a contrario Sąd Okręgowy co do zasady zaakceptował stanowisko Zamawiającego i KIO w tym zakresie i uznał je za własne.

Sąd uznał, że najważniejsze kwestie odnoszące się do materii z zarzutów odwołania/skargi zostały ujęte w Załącznikach nr 6-10 Umowy. Notabene, sam Skarżący znał ich wagę formułując zarzut nr 1.

Powtarzając za Zamawiającym, zakres obowiązków wykonawcy określają metryki usług, które są opisane ww. załącznikach. To na ich bazie każdy wykonawca (a tym bardziej (...) jako aktualny wykonawca) jest w stanie wywieść jaki zakres obowiązków będzie na nim ciążył i jaki zakres należy wycenić w ofercie.

Zdaniem SO, Skarżący ma bowiem na bieżąco dostęp do informacji o aktualnym stanie KSI i posiada jeśli nie pełną (100%) to wystarczającą wiedzę w tym zakresie. Wiedza ta jest uaktualniana w ramach Konsultacji utrzymaniowych i wymiany informacji zgodnie z wypracowanym i przyjętym wzorem/modeliem współdziałania.

Sąd przyjął także do wiadomości (jako niekwestionowany fakt), iż dane zamieszczone w Rejestrach (Dodatki A, B i C) mają charakter wrażliwy i poufny. Skarżący jedynie wskazywał na istniejącą procedurę przekazywania tych danych przez ZUS, możliwą do zastosowania. Nie zmienia to jednak stanowiska sądu, iż dane te nie powinny być upubliczniane na etapie postępowania przed zawarciem umowy. Decyzja ZUS o nieupublicznianiu treści ww. rejestrów i przekazaniu ich jedynie wybranemu w postępowaniu wykonawcy została uznana za właściwą.

(...) nie wykazało, że brak szczegółowych informacji zawartych w Rejestrach elementów architektury uniemożliwia mu złożenie oferty i jej prawidłowej wyceny. Kwestionowany w odwołaniu/skardze mechanizm jest tożsamy z tym obecnie obowiązującym. Rejestry nie były wcześniej potrzebne do przygotowania ofert w żadnym ze wcześniejszych postępowań, ani zawartym w trybie konkurencyjnym, ani w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zgodzić się więc należało ze stanowiskiem Zamawiającego, iż nie były to dokumenty, które identyfikowały kiedykolwiek wcześniej zakres usług utrzymania.

Rejestry powstały na podstawie metryk usług i mają charakter pomocniczy. Nie tworzą jednak czegoś dodatkowego i nie wykraczają poza metryki usług ani ich nie kształtują lecz przyporządkowują pewne elementy architektury systemu KSI ZUS do danych usług. Mają charakter porządkujący, a nie kształtujący zakres świadczenia.

Zamawiający wskazał także, że Rejestry nie wpływają na wycenę usług. Rejestry zostały wprowadzone bowiem aneksami do umów już w sierpniu 2019 r. i nie wpłynęły w żaden sposób na zmianę wynagrodzenia zarówno (...) jak i (...).

Dlatego też zarzut ten został także przez Sąd oddalony.

Ostatni zarzut, nr 13 dotyczył procesu obsługi Zgłoszeń – Załącznika 9 do umowy.

(...) nie potrafiło rzeczowo i racjonalnie przekonać Sądu Okręgowego do swoich racji. W szczególności, nie wykazano jakoby istniał w tego typu usługach obowiązujący i wiążący strony standard postępowania, a tym samym jego ewentualne naruszenie przez Zamawiającego powinno zostać ocenione przez sąd negatywnie.

Jak już była mowa w toku postępowania skargowego i w motywach ustnych wyroku, Sąd przy orzekaniu w tej kwestii, miał na uwadze znane z czasów rzymskich określenie „societas leonina”, czyli tzw. Lwia spółka, której immanentną cechą jest czerpanie korzyści przez jedną ze stron umowy jako posiadającą silniejszą pozycję (przysłowiowego lwa w świecie zwierząt).

W dotychczasowym stanie faktycznym, „lwem” jest m.in. (...) gdyż zagwarantowało sobie w umowie (a pacta sunt servanda) nieograniczoną możliwość/ilość zadawania pytań w ramach każdego jednego incydentu. Zamawiający nie miał więc obowiązku kontynuowania w nowej umowie „dysfunkcyjnego”, przynajmniej w części rozwiązania, w którym każde zapytanie wykonawcy wstrzymywało czas na rozwiązanie/usunięcie Incydentów.

Zgodzić się należało z ZUS, iż taka sytuacja powodowała iluzoryczną możliwość wyegzekwowania od wykonawcy rozwiązania Incydentu w terminach określonych w umowie i ewentualnego nałożenia kar umownych.

Zamawiający nie musiał także stosować drugiego sposobu, wskazanego w odwołaniu/skardze, który de facto przerzucał na niego ciężar przygotowania wszystkich danych niezbędnych do rozwiązania incydentu. Przy czym interpretacja pojęcia „niezbędnych” byłaby dokonywana przez wykonawcę gdyż (...) w żądaniu odwołania/skargi zawarło sformułowanie „w szczególności” i z całą pewnością stanowiłoby to pole do interpretacji i ewentualnego sporu.

Sąd uznał więc wersję Zamawiającego, tą trzecią:

- 1) za nienaruszającą żadnych standardów;
- 2) za uczciwą i wyważoną propozycję, która w równej mierze dba o interesy obu stron umowy, tj. Zamawiającego jak i wykonawcy.

Zauważyć należy, że zakwestionowane przez (...) zapisy wyraźnie przewidują możliwość w ramach jednego/pierwszego zapytania do CZ Zamawiającego, zarówno:

- prośby o przekazanie dodatkowych informacji bądź wykonanie dodatkowych czynności niezbędnych do zdiagnozowania i rozwiązania Incydentu, które posiada lub może wykonać Zamawiający korzystając z posiadanych uprawnień;

jak i

- zgłoszeniu przez Wykonawcę zapotrzebowania na przeprowadzenie Konsultacji utrzymaniowej z innym wykonawcą, współpracującym z Zamawiającym na podstawie umowy.

Zapytanie takie wstrzyma czas obsługi (STOP) ale tylko w przypadku pierwszego zapytania. Wykonawca będzie więc miał możliwość pełnego zbadania czy źródło problemu/incydentu istnieje po stronie Zamawiającego, innego wykonawcy czy też podmiotu końcowego, który korzysta z systemu ZUS.

To, iż mogą pojawić się przypadki skomplikowane i wymagające ponadprzeciętnego zaangażowania wykonawcy, aby incydent rozwiązać nie oznacza wadliwości zapisów SIWZ. Oznacza to tylko, że wykonawca musi to uwzględnić przy szacowaniu swojej oferty i odpowiednio to wycenić.

Przy czym ze wszech miar słusznie, przedmiotem prośby nie mogą być dane lub czynności, które Wykonawca może posiadać lub wykonać samodzielnie, korzystając z posiadanych uprawnień. Jest to rozwiązanie logiczne, po cóż bowiem pytać podmioty trzecie o dane, które wykonawca ma lub może mieć jeśli tylko wykaże się działaniem we własnym zakresie, w oparciu o posiadane możliwości techniczne i dostępowe? Pytanie retoryczne.

Mając powyższy stan faktyczny i prawny na uwadze, Sąd Okręgowy oddalił w całości skargę (...) jako bezzasadną. Podstawa prawna rozstrzygnięcia – art. 198f ust. 2 Pzp, zdanie pierwsze.

O kosztach postępowania skargowego (pkt II. wyroku) orzeczono natomiast na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy Pzp. (...) jako strona przegrywająca postępowanie skargowe jest zobowiązane do zwrotu stronie przeciwnej – Zamawiającemu kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 12.500,00 zł. Wysokość tych kosztów wynika z § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Sąd Okręgowy w Warszawie od dawna bowiem prezentuje pogląd, iż nie ma sprawy podobnej do spraw z zakresu skarg na orzeczenie KIO. Ustawodawca jednocześnie nie przewidział stawek dla radców prawnych/adwokatów do tej kategorii spraw. Dlatego też zasądzone koszty są szacowane w oparciu o wartość przedmiotu sporu, określoną przez Skarżącego na ponad półtora miliarda złotych.

Jednocześnie – co do zasady – nie było podstaw do zasądzania kosztów na rzecz (...) gdyż nie jest ten podmiot stroną postępowania skargowego lecz jedynie uczestnikiem postępowania, funkcjonującym zawsze po którejś ze stron (w tym wypadku po stronie przeciwnika skargi – Zamawiającego). Umocowanie przystępującego jest zbliżone do funkcji interwenienta ubocznego w procesie. Zgodnie jednak z art. 198a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 198f ust. 5, koszty postępowania – stosowanie do wyniku postępowania – ponoszą wyłącznie strony. Materia ta jest w inny sposób uregulowana niż w art. 107 k.p.c. i ma pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego jako *lex specialis*.

SSO Monika Skalska SSO Wiktor Piber SSO Andrzej Sobieszkański