

Warszawa, 10 kwietnia 2020 roku

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych

ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa, tel. 22 667 17 03/04, fax 22 667 17 33/36,
e-mail: sekretariatDZP@zus.pl, adres internetowy: www.zus.pl

Odwołujący: Asseco Poland S.A.

ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów

Adres korespondencyjny: Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa, tel. 22 574 82 00,
fax. 22 574 82 82, e-mail: BKS_PUS@asseco.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS), znak sprawy: TZ/271/65/19.
Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 21 lutego 2020 roku, 2020/S 037-087769.

ODWOŁANIE

- I. **Asseco Poland S.A.** (dalej „**Odwołujący**”) działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843) (dalej: „**Ustawa**” lub „**PZP**” lub „**Ustawa PZP**”) składa niniejszym **odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na zmianie z naruszeniem przepisów prawa postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) dokonanych w dniu 3 kwietnia 2020 roku w zakresie Modyfikacji 3, 15, 16, 29 – 33, 35 i 36.**
- II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu poprzez dokonanie w/w czynności naruszenie następujących przepisów:
 - a. art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;
 - b. art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

- c. art. 29 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie obowiązków wykonawcy w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i preferujący niektórych wykonawców;
- d. art. 140 ust. 1 Ustawy PZP i art. 144 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy PZP w związku z art. 2 pkt 13 Ustawy PZP poprzez wymaganie, aby część usług świadczona była nieodpłatnie;
- e. art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych poprzez 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;
- f. art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z w/w przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości.

Szczegółowe przypisanie naruszenia przepisów prawa zostało dokonane poniżej w uzasadnieniu odwołania, osobno w każdym zarzucie.

- III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian przedmiotowych Modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu – szczegółowo w każdym zarzucie.
 - IV. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy), Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.
 - V. **Termin wniesienia odwołania:** Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2020 roku opublikował na stronie internetowej dokument „Modyfikacje SIWZ. Zestaw I”. Zatem wniesienie odwołania do dnia 13 kwietnia 2020 roku oznacza, iż Odwołujący wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt 1) Ustawy.
 - VI. **Interes we wniesieniu odwołania:** Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia SIWZ powodują, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SIWZ, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie – a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego przedmiotowej treści SIWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu.
- Ponadto – w wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania – co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.
- VII. **Wymogi formalne**
 - a. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).
 - b. Wpis od odwołania został uiszczony (dowód w załączeniu).

UZASADNIENIE:

1. **Modyfikacja 3, 16, 33, 35 i 36 – niejasny zakres obowiązków Stron w zakresie infrastruktury techniczno – systemowej, niemożność sporządzenia oferty**

Zamawiający poprzez w/w zmiany wprowadził kilka powiązanych ze sobą nowych postanowień Umowy – postanowień, które kreują nowe obowiązki Wykonawcy, wcześniej niezawarte w SIWZ. Odwołujący nie przeczy uprawnieniu Zamawiającego do wprowadzania nowych obowiązków na obecnym etapie – to jest już po opublikowaniu SIWZ. Niemniej jednak także w stosunku do takich nowych postanowień SIWZ Zamawiający ma obowiązek zastosować przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP. Tymczasem przedmiotowe zmiany nie są jasne i zrozumiałe, a przez to nie uwzględniają wszystkich wymagań, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co do zasady – Zamawiający wprowadził całkowicie nowe zobowiązanie Wykonawcy polegające na zapewnieniu infrastruktury Wykonawcy. Przed przedmiotową zmianą takie obowiązki Wykonawcy nie były wskazane w SIWZ, a Zamawiający uprzednio zajmował stanowisko, że nie stawia żadnych wymagań w tym zakresie (tak w toku postępowań odwoławczych KIO 2474/17 i KIO 2487/17):

„Wobec braku wymagania Zamawiającego dokonania odrębnej wyceny w ofercie zakresu zamówienia polegającego na szczegółowym określeniu kosztów infrastruktury techniczno-systemowej twierdzenie odnoszące się do nieuwzględnienia w cenie oferty wymaganego elementu jest całkowicie pozbawione podstaw, a wnioski formułowane przez Odwołującego w zakresie tego zarzutu oparte są nie na faktach, lecz przypuszczeniach, które nie mogą stanowić podstawy stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ.” (Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, KIO 2474/17 i KIO 2487/17, str. 40).

Aby możliwe było zrozumienie istoty zarzutu należy wskazać na charakter umowy oraz wyjaśnić sposób określania przez Zamawiającego zakresu obowiązków Wykonawcy, stosowany przez Zamawiającego od lat niezmiennie w kolejnych postępowaniach dotyczących utrzymania Systemu KSI ZUS. Otóż przedmiotowa Umowa jest umową usługową i co do zasady obejmuje wykonywanie obowiązków przez Wykonawcę z wykorzystaniem Infrastruktury techniczno-systemowej (dalej „*ITS*”) Zamawiającego. Tylko w bardzo specyficznym zakresie Wykonawca ma zapewnić dedykowane środowiska, a dokładnie w zakresie 2 definicji – Środowisko weryfikacji Kodów źródłowych i Środowisko deweloperskie. W pozostałym zakresie przy świadczeniu usług Wykonawca korzysta z ITS Zamawiającego – tj. zapewnia działanie Systemu KSI ZUS zgodnie z określonym w Umowie SLA. Podkreślić należy, że System KSI ZUS działa wyłącznie na ITS Zamawiającego – Zamawiający zapewnia Wykonawcy dostęp do tego środowiska w celu realizacji Umowy. Z kolei oba w/w środowiska Wykonawcy (Środowisko weryfikacji Kodów źródłowych i Środowisko deweloperskie) to środowiska, na których Wykonawca realizuje Naprawy i testuje ich rezultaty przed wprowadzeniem efektu Naprawy na ITS Zamawiającego, tj. na Środowisko produkcyjne. Tutaj dla odmiany to Zamawiający musi mieć dostęp do takich środowisk – a to celem przeprowadzenia testów i zaakceptowania Naprawy. Zamawiający dokonał zmian, które częściowo wyjaśniły w/w kwestię – właśnie poprzez wskazanie wprost Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych i Środowiska deweloperskiego, jako środowisk, które ma obowiązek zapewnić Wykonawca. Niemniej taka zmiana powinna skutkować dokonaniem także innych zmian, w celu uniknięcia wątpliwości co do zakresu zobowiązań Wykonawcy i Zamawiającego.

Przechodząc do Modyfikacji objętych zarzutem – Zamawiający wprowadził następujące zmiany:

- 1) Modyfikacja 3: W SIWZ w opisie sposobu obliczenia ceny oferty, w Rozdziale 5, w pkt 5.7 Zamawiający do poprzedniej treści dodał sformułowanie, że cena oferty powinna też obejmować

koszt Infrastruktury techniczno-systemowej niezbędnej do świadczenia Usług, ze szczególnym wskazaniem na Środowisko weryfikacji Kodów źródłowych i Środowisko deweloperskie:

*„5.7 Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy, **w tym koszt Infrastruktury techniczno-systemowej niezbędnej do świadczenia Usług, w szczególności tworzącej Środowisko weryfikacji Kodów Źródłowych i Środowisko deweloperskie**, oraz uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy, a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie może ulec zwiększeniu w czasie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem przypadków określonych we wzorze umowy.”*

- 2) Modyfikacja 16: Dodanie w art. 3 ust. 3 Umowy 2 nowych obowiązków Wykonawcy:

„3. Wykonawca oświadcza ponadto i gwarantuje, że:

(...)

4) uruchomi i będzie utrzymywał Środowisko deweloperskie,

5) uruchomi i będzie utrzymywał Środowisko weryfikacji Kodów źródłowych.”

- 3) Modyfikacja 33: W Załączniku 1 „Definicje” zmieniono definicję „Infrastruktury techniczno-systemowa (ITS)” poprzez dodanie zaznaczonego poniżej tekstu:

Infrastruktura techniczno-systemowa (ITS)	<i>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, <u>pozostające w dyspozycji Zamawiającego.</u></i>
--	--

- 4) Modyfikacja 35: W Załączniku 1 „Definicje” dodano nową definicję „Środowiska deweloperskiego”:

Środowisko deweloperskie	<i>Elementy infrastruktury techniczno-systemowej Wykonawcy skonfigurowane dla potrzeb wytwarzania oraz testów oprogramowania, w szczególności na potrzeby serwisu oprogramowania.</i>
---------------------------------	--

- 5) Modyfikacja 36: W Załączniku 1 „Definicje” zmieniono definicję „Środowiska przedprodukcyjnego (nieprodukcyjnego)” poprzez dodanie zaznaczonego poniżej tekstu:

Środowisko przedprodukcyjne (nieprodukcyjne)	<i>Elementy infrastruktury techniczno– systemowej Zamawiającego skonfigurowane w sposób możliwie wiernie odzwierciedlający konfigurację aplikacyjną i narzędziową odpowiadającego im Środowiska produkcyjnego, wykorzystywane na potrzeby testów <u>ustalonych przez Zamawiającego w harmonogramie testów. Środowisko przedprodukcyjne nie może być wykorzystywane przez Wykonawcę w celu zastąpienia Środowiska deweloperskiego, Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych.</u></i>
---	--

Zamawiający nie wyspecyfikował w SIWZ elementów Infrastruktury techniczno – systemowej, które są niezbędne do świadczenia Usług, w tym w szczególności brak jest w SIWZ załącznika, który szczegółowo specyfikowałby te elementy ITS, które są zapewniane przez Zamawiającego. W tym miejscu Odwołujący w całości wskazuje na argumentację zarzutu 1 Odwołania KIO 452/20 – gdzie wskazano na konieczność zamieszczenia w SIWZ takiego załącznika i wpływ takiego braku na niemożność przygotowania oferty. Wskazać należy, że w/w Modyfikacje tylko utwierdziły Odwołującego w słuszności wcześniej podnoszonego zarzutu. Zamawiający rozszerza zakres obowiązków Wykonawcy, poprzez ukształtowanie nowych zobowiązań – a jednocześnie nadal uchyla się od określenia w SIWZ, na jakiej infrastrukturze działa obecnie System KSI ZUS. Podkreślić należy, że przedmiotowy brak jest zupełnie niezrozumiały i nie ma żadnego racjonalnego wytłumaczenia. Po pierwsze System KSI ZUS działa na konkretnej ITS Zamawiającego, znanej Zamawiającemu – zatem ukrywanie przed wykonawcami tych informacji przez Zamawiającego jest irracjonalne. Po drugie w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zamieścił odpowiedni załącznik z opisem ITS – zatem obecne zaniechanie też nie znajduje uzasadnienia.

Oczywistym jest, że precyzyjne rozdzielenie dwóch odrębnych infrastruktur – ITS Zamawiającego i ITS Wykonawcy jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem należytej staranności. Z kolei obowiązek określenia tych dwóch ITS już w SIWZ wynika wprost z normy przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy PZP.

Brak specyfikacji ITS Zamawiającego oraz brak jasnego rozdzielenia ITS Wykonawcy od ITS Zamawiającego powoduje, że

- ✓ Wykonawcy nie ujmą w cenie ofert wszystkich kosztów, które muszą być poniesione przez wykonawcę w toku realizacji umowy (a które powinny być uwzględnione w cenie oferty) – doprowadzi to do sytuacji, że zostaną złożone oferty całkowicie nieporównywalne, co powodować może, że Zamawiający wybierze ofertę, która na etapie realizacji umowy nie będzie wcale najkorzystniejsza.
- ✓ Zamawiający może zawrzeć Umowę z wykonawcą, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia – a to poprzez niezapewnienie odpowiedniego ITS Wykonawcy, co miało już miejsce uprzednio.

Stąd też Zamawiający powinien zawrzeć w SIWZ minimalne wymagania dla ITS Wykonawcy. Zamawiający posiada wiedzę w tym zakresie, gdyż wynika ona z jego doświadczenia nabytego przy zamawianiu i realizacji usług wsparcia utrzymania KSI ZUS.

Co więcej – obecne postanowienia wskazują, że Zamawiający oczekuje, że część usług byłaby świadczona przez Wykonawcę nieodpłatnie, co rażąco narusza Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ukonstytuował bowiem nowy obowiązek w zakresie Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych i Środowiska deweloperskiego, a jednocześnie nie przewiduje w Formularzu cenowym miejsca na wpisanie wynagrodzenia za świadczenie tej usługi. Konstrukcja Formularza cenowego nie pozwala na umieszczenie kosztów świadczenia usługi w pozycji dla innej usługi, gdyż byłaby to niedopuszczalna inżynieria cenowa. Tym samym obecna regulacja (poprzez brak odpowiednich pozycji w Formularzu cenowym) narusza art. 144 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy PZP w związku z art. 2 pkt 13 Ustawy PZP.

Co więcej – w toku realizacji Umowy, zgodnie z postanowieniami Umowy, zakres każdej usługi może ulegać zmianie, w tym ograniczeniu, co wiąże się z obniżeniem wynagrodzenia za taką usługę. Nie można wykluczyć, że także w przypadku obu w/w środowisk Zamawiający ograniczy obowiązki Wykonawcy, np.

poprzez samodzielnie zapewnienie Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych i Środowiska deweloperskiego. W takiej sytuacji oczywistym jest, że wynagrodzenie Wykonawcy powinno ulec zmniejszeniu. Tymczasem przy obecnym brzmieniu SIWZ nie będzie to miało miejsca, a zatem Wykonawca – pomimo iż nie będzie świadczył danej usługi lub będzie ją świadczył w mniejszym zakresie – będzie otrzymywał takie samo wynagrodzenie. Stanowi to z kolei naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. przepisu art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zasada ustanowiona w tym przepisie stanowi, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian:

1. Zmianę pkt 5.7. SIWZ poprzez:

- a. Wykreślenie zwrotu „w szczególności”,
- b. Wyjaśnienie, że cena obejmuje tylko Infrastrukturę techniczno-systemową Wykonawcy, a nie obejmuje całej Infrastruktury techniczno-systemowej, niezbędnej do świadczenia Usług

i nadania temu punktowi następującego brzmienia:

„5.7. Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy, w tym koszt świadczenia wszystkich usług opisanych Metrykami, obejmujący również usługę zapewnienia Infrastruktury techniczno-systemowej Wykonawcy dla Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych i Środowiska deweloperskiego oraz uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie może ulec zwiększeniu w czasie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem przypadków określonych we wzorze umowy.”

2. Zmianę definicji Infrastruktury techniczno-systemowej:

Infrastruktura techniczno-systemowa (ITS)	<i>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 składa się z Infrastruktury techniczno-systemowej Zamawiającego oraz Infrastruktury techniczno-systemowej Wykonawcy</i>
--	--

3. Dodanie 2 nowych definicji: Infrastruktury techniczno-systemowej Wykonawcy oraz Infrastruktury techniczno-systemowej Zamawiającego:

Infrastruktura techniczno-systemowa Zamawiającego (ITS Zamawiającego)	<i>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, zapewniany przez Zamawiającego, opisany w Załączniku do Umowy Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych</i>
--	---

Infrastruktura techniczno-systemowa Wykonawcy (ITS Wykonawcy)	<i>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, zapewniane przez Wykonawcę, składające się na Środowisko weryfikacji Kodów źródłowych i Środowisko deweloperskie.</i>
--	--

4. Wyspecyfikowanie w SIWZ Infrastruktury techniczno-systemowej Zamawiającego – 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 element przedmiotu zamówienia dostępny w trybie tylko do odczytu. Odwołujący wskazuje, 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. Odwołujący wskazuje, że żądanie takie zostało już podniesione w Odwołaniu KIO 452/20 – ze względu na jego aktualność oraz brak na dzień wniesienia niniejszego odwołania Odpowiedzi na odwołanie (pomimo wniesienia odwołania w dniu 2 marca 2020 roku) powtórzenie żądania wydaje się konieczne.
5. Wyspecyfikowanie w SIWZ minimalnych wymagań dla Infrastruktury techniczno-systemowej Wykonawcy.
6. Jako skutek wpisania wymagania udostępnienia Infrastruktury techniczno-systemowej Wykonawcy na rzecz Zamawiającego - dodanie nowych usług w tym zakresie poprzez dodanie Metryk takich usług oraz zmiany formularza cenowego poprzez dodanie odpowiednich pozycji dla nowych usług. Poniżej Wykonawca wskazuje przykładowy zakres takich nowych Metryk:

a) Metryka Usługi [UU_SWKZ#00]

Usługa utrzymania Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych KSI

Dane identyfikacyjne Usługi Wykonawcy	
Identyfikator Usługi	UU_SWKZ#00
Wersja Metryki Usługi	1.01.001
Okres obowiązywania od:	
Nazwa Usługi	Usługa utrzymania Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych KSI
Zakres Usługi	<p>Zakres Usługi obejmuje udostępnienie Zamawiającemu Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych w trybie określonym w Załączniku 17 - Procedura przekazywania Kodów źródłowych oraz utrzymanie Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych na potrzeby pełnienia roli Integratora KSI</p> <p>W zakresie Usługi Wykonawca zapewnia dostępność środowiska umożliwiającego przeprowadzenie weryfikacji Kodów źródłowych oprogramowania KSI dostarczonego zgodnie ze stosem technologicznym określonym w dokumencie <i>Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Stan na luty 2020r.</i> w rozdziale 2.6.Środowiska programistyczne wykorzystywane do budowy aplikacji oraz przeznaczonego do eksploatacji na środowiskach określonych w rozdziale 3.1.Platfomy i główne komponenty oprogramowania systemowo</p>

	narzędziowego stosowane w poszczególnych rodzajach węzłów funkcjonalnych tego dokumentu.			
Typ Usługi IT	Nie dotyczy			
Grupa Usług IT	UU_ Obszar wewnętrznych i uzupełniających Usług IT			
Opis celu świadczenia Usługi	Celem świadczenia usługi jest zapewnienie dostępności Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych na potrzeby przeprowadzenia weryfikacji autentyczności, integralności, kompletności i spójności Kodów źródłowych oprogramowania KSI zgodnie z procedurą określoną w Załączniku 17 oraz na potrzeby pełnienia roli Integratora KSI			
Kody Narzędzi	Nie dotyczy			
Osoba wiodąca ze strony Wykonawcy	Imię i nazwisko osoby wiodącej Wykonawcy dostępne w Rejestrze Osób Wiodących			
Osoba wiodąca ze strony Zamawiającego	Departament; Imię i nazwisko osoby wiodącej ZUS dostępne w Rejestrze Osób Wiodących			
Uwarunkowania świadczenia Usługi Wykonawcy				
Kalendarz świadczenia Usługi	Poniedziałek – piątek w godz. 8:00 – 16:00 Usługa może być świadczona na życzenie ZUS w jeden dodatkowy dzień w miesiącu po przekazaniu informacji o takiej potrzebie, co najmniej 3 dni przed terminem dodatkowym.			
Kalendarz serwisowania Usługi	Poza kalendarzem świadczenia Usługi.			
Charakterystyka wykorzystania Usługi	Maksymalna liczba wykonywanych weryfikacji Kodów źródłowych KSI w trybie określonym w Załączniku 17: 5 / miesiąc Zakres i terminy weryfikacji Kodów źródłowych oprogramowania KSI będą wynikały z uzgodnionego z Zamawiającym planu weryfikacji w trybie określonym w Załączniku 17 - Procedura przekazywania Kodów źródłowych			
Role pełnione przez Dostawcę w Usłudze	Nie dotyczy.			
Wsparcie narzędziowe dla Usługi	Nie dotyczy.			
Parametry utrzymania Usługi Wykonawcy				
Symbol parametru	Nazwa parametru	Wartość parametru (jedn.)	Metoda - sposób pomiaru parametru	Definicja poziomu utrzymania usługi
SWKZ.1	Terminowość udostępnienia Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych	Nie później niż w terminie wynikającym z zapotrzebowania	Terminowość udostępnienia Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych wynikającego z zgłoszonego zapotrzebowania określonego na podstawie Załącznika 17 - Procedura przekazywania Kodów źródłowych	Niespełnienie parametru: Przekroczenie ustalonego terminu udostępnienia Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych
SWKZ.2	Terminowość aktualizacji stosu technologicznego i platform systemowych i oprogramowania systemowo-narzędziowego	30 dni	Terminowość aktualizacji Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych o nowe elementy wynikające ze zgłoszenia Wykonawcy przez ZUS planowanych zmian przypisania Wykonawcy w Macierzy odpowiedzialności	Niespełnienie parametru: Przekroczenie ustalonego terminu aktualizacji Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych względem daty zgłoszenia zmian przez ZUS

Zakres wsparcia i uczestnictwa w procesach utrzymania	
Krytyczność Usługi	Nie krytyczna
Zakres i poziom świadczenia Usług serwisowych	<p>Elementy obsługi serwisowej realizowane zgodnie z Załącznikiem 9</p> <p>a) Obsługa Incydentów b) Konsultacje utrzymaniowe c) Raportowanie specjalistyczne</p> <p>Sposób wykonywania poszczególnych Usług serwisowych, a w szczególności wymagane poziomy świadczenia Usług są realizowane zgodnie z programem serwisowym usług interakcyjnych, narzędzi i procesów oraz usług biznesowych.</p>

b) Metryka Usługi [UU_SDEV#00]

Usługa utrzymania Środowiska deweloperskiego KSI

Dane identyfikacyjne Usługi Wykonawcy	
Identyfikator Usługi	UU_SDEV#00
Wersja Metryki Usługi	1.01.001
Okres obowiązywania od:	
Nazwa Usługi	Usługa utrzymania Środowiska deweloperskiego KSI
Zakres Usługi	<p>Zakres Usługi dotyczy utrzymania w dostępności Środowiska deweloperskiego na potrzeby realizacji serwisu oprogramowania KSI.</p> <p>W zakresie Usługi Wykonawca Zapewnia dostępność infrastruktury techniczno-systemowej Środowiska deweloperskiego umożliwiającego wytworzenie oprogramowania KSI zgodnie ze stosem technologicznym określonym dokumencie <i>Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Stan na luty 2020r.</i> w rozdziale 2.6.Środowiska programistyczne wykorzystywane do budowy aplikacji oraz przeznaczonego do eksploatacji na środowiskach określonych w rozdziale 3.1.Platfomy i główne komponenty oprogramowania systemowo narzędziowego stosowane w poszczególnych rodzajach węzłów funkcjonalnych tego dokumentu.</p>
Typ Usługi IT	Nie dotyczy
Grupa Usług IT	UU_Obszar wewnętrznych i uzupełniających Usług IT
Opis celu świadczenia Usługi	Celem świadczenia usługi jest zapewnienie dostępności Środowiska deweloperskiego na potrzeby wytwarzania oraz testów oprogramowania KSI, w szczególności na potrzeby serwisu oprogramowania KSI
Kody Narzędzi	Nie dotyczy
Osoba wiodąca ze strony Wykonawcy	Imię i nazwisko osoby wiodącej Wykonawcy dostępne w Rejestrze Osób Wiodących
Osoba wiodąca ze strony Zamawiającego	Departament; Imię i nazwisko osoby wiodącej ZUS dostępne w Rejestrze Osób Wiodących
Uwarunkowania świadczenia Usługi Wykonawcy	
Kalendarz świadczenia Usługi	Usługa świadczona jest w reżimie 24/7/365.
Kalendarz serwisowania Usługi	Nie częściej niż raz na miesiąc.
Charakterystyka wykorzystania Usługi	Zakres i terminy wykorzystania Środowiska deweloperskiego wynikają z kalendarza i parametrów świadczenia Usług serwisowych i Konsultacji

	utrzymaniowych określonych w Załączniku 9 <i>Zakres i poziom świadczenia Usług serwisowych oraz Konsultacji utrzymaniowych</i> dla Obsługi Incydentów usług wsadowych, Obsługi Incydentów usług interakcyjnych, Obsługi Incydentów usług portalowych w zakresie wynikającym z przypisania Wykonawcy w Macierzy odpowiedzialności określonej w Załączniku 16 do Umowy.			
Role pełnione przez Dostawcę w Usłudze	Nie dotyczy.			
Wsparcie narzędziowe dla Usługi	Nie dotyczy.			
Parametry utrzymania Usługi Wykonawcy				
Symbol parametru	Nazwa parametru	Wartość parametru (jedn.)	Metoda - sposób pomiaru parametru	Definicja poziomu utrzymania usługi
SDEV.1	Terminowość aktualizacji stosu technologicznego oraz platform systemowych i oprogramowania systemowo-narzędziowego	30 dni	Terminowość aktualizacji Środowiska deweloperskiego o nowe elementy zgłoszone przez ZUS w ramach zgłoszenia planowanych zmian przypisania Wykonawcy w Macierzy odpowiedzialności	Niespełnienie parametru: Przekroczenie ustalonego terminu aktualizacji Środowiska deweloperskiego względem daty zgłoszenia zmian przez ZUS
SDEV.2	Poprawność stosu technologicznego oraz platform systemowych i oprogramowania systemowo-narzędziowego	Brak niezgodność w stosie technologicznym oraz platformach systemowych i oprogramowania systemowo-narzędziowego	Audyt Środowiska deweloperskiego w zakresie kompletności stosu technologicznego oraz platform systemowych i oprogramowania systemowo-narzędziowego. Zakres i terminy audytu środowiska będą wynikały z uzgodnionego z Zamawiającym planu.	Niespełnienie parametru: Niezgodność w stosie technologicznym oraz platformach systemowych i oprogramowania systemowo-narzędziowego w stosunku do specyfikacji określonej w Zakresie Usługi
Zakres wsparcia i uczestnictwa w procesach utrzymania				
Krytyczność Usługi	Krytyczna			
Zakres i poziom świadczenia Usług serwisowych	Elementy obsługi serwisowej realizowane zgodnie z Załącznikiem 9 . a) Konsultacje utrzymaniowe b) Raportowanie specjalistyczne Sposób wykonywania poszczególnych Usług serwisowych, a w szczególności wymagane poziomy świadczenia Usług są realizowane zgodnie z programem serwisowym usług interakcyjnych, narzędzi i procesów oraz usług biznesowych.			

2. Modyfikacja 15 – zmiana brzmienia art. 3 ust.2 pkt.18 Umowy

Odwołujący w Odwołaniu KIO 452/20 w zarzucie nr 6 wniósł o dokonanie zmian w przepisie art. 3 ust. 2 pkt 18) Umowy poprzez wskazanie, iż określony w tym przepisie obowiązek dotyczy Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi wytworzonych w ramach umowy. Uzasadnienie zarzutu obejmowało opis stanu faktycznego, jaki istnieje w związku z przedmiotowym obowiązkiem. Wskazać należy, że przedmiotowe postanowienie zostało przez Zamawiającego po raz pierwszy wprowadzone w 2017 roku i było ono przedmiotem odwołania, a następnie orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Izba w wyroku KIO 880/17 uznała, że:

„Zamawiający jak ustalono w stanie faktycznym rozumiał treść spornego postanowienia jako odnoszącego się do zapewniania sobie instrumentów prawnych pozwalających na uzyskanie praw do wytworzonych w ramach umowy dokumentów i narzędzi oraz know-how, a nie wszystkich z których wykonawca będzie korzystał w toku świadczenia usługi.”

Powyższe stanowisko Izby wynikało z konkretnych oświadczeń złożonych przez Zamawiającego w toku postępowania. Wszystko to zostało bardzo szczegółowo opisane w Zarzucie 6 Odwołania KIO 452/20.

Tymczasem Zamawiający dokonał zmiany art. 3 ust.2 pkt.18 Umowy nie tylko w sposób inny niż żądanie Odwołania KIO 452/20, ale – co gorsza – uczynił swoje wymagania praktycznie niemożliwymi do realizacji dla podmiotu prowadzącego działalność komercyjną. Co gorsza – sytuacja taka dotyczy tylko niektórych wykonawców, co narusza w sposób rażący przepis art. 29 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP.

Przedmiotowa zmiana polega na zmianie zwrotu:

*„z których Wykonawca lub podwykonawcy **korzystają** przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką”*

na zwrot:

„wytworzonych przez Wykonawcę lub podwykonawcę w celu utrzymania KSI ZUS”.

Po powyższej zmianie przedmiotowe postanowienie SIWZ brzmi:

„18) w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art. 7 ust. 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania Zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania Umowy), zgodnie z procedurą PO20 z Załącznika 4, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur (w tym Procedur administracyjnych), niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.), wytworzonych przez Wykonawcę lub podwykonawcę w celu utrzymania KSI ZUS (...)”

Powyższa zmiana będzie poddawana wykładni w konkretnym stanie faktycznym, także w kontekście przyczyny zmiany postanowienia SIWZ – jakim jest Odwołanie KIO 452/20 i zarzut 6. Skoro zatem Zamawiający świadomie dokonał zmiany w sposób inny, niż żądał Odwołujący, to należy wnioskować, że Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołania w zakresie Zarzutu 6. Wniosek zatem może być

tylko jeden – Zamawiający nie uważa i nie chce, aby obowiązek określony w art. 3 ust. 2 pkt 18) Umowy miał dotyczyć tylko uzyskaniu praw do dokumentów i narzędzi oraz know-how wytworzonych w ramach umowy. Zamawiający chce – i dał temu wyraz w przedmiotowej Modyfikacji – pozyskać praktycznie całe know-how Wykonawcy w zakresie utrzymywania systemów informatycznych. Know-how takie stanowi o zdolności Wykonawcy do świadczenia usług dla innych klientów oraz przewadze konkurencyjnej - nie można bowiem wykluczyć, że w toku wykonywania przez Zamawiającego umów z innymi wykonawcami know-how to zostanie również przekazane przez Zamawiającego konkurencji Asseco. Dotyczy to dokumentów i narzędzi, które kiedykolwiek zostały wytworzone przez Wykonawcę (lub podwykonawcę). Ograniczeniem jest bowiem jedynie cel wytworzenia, określony jako: „w celu utrzymania KSI ZUS”, a nie ma ograniczenia czasowego – „wytworzonych w związku realizacji Umowy” czy też ograniczenie w postaci naturalnej podstawy takiego wymagania chociażby w związku z faktem, iż zobowiązanie takie jest objęte wynagrodzeniem wynikającym z tej właśnie Umowy tzn. „wytworzonego w ramach Umowy” czy „wytworzonego na podstawie Umowy”. Wykonawca od lat utrzymuje szereg systemów i znakomita część jego know-how jest wykorzystywana nie tylko „w celu utrzymania KSI ZUS”, ale również innych systemów.

Zatem obecnie Zamawiający wymaga przekazania narzędzi czy know-how wytworzonych 5 czy 10 lat temu, byle były wytworzone „w celu utrzymania KSI ZUS”. Jest to rozwiązanie niedopuszczalne – gdyż istnieje tylko 1 wykonawca, który jest w posiadaniu takich narzędzi i know-how i jest nim Odwołujący. A zatem Zamawiający wprowadził do SIWZ obowiązek, który ma różny zakres w zależności od tego, z kim zostanie zawarta umowa. Co więcej – starał się to ukryć, zamiast wskazać wprost, że oczekuje, że Asseco Poland S.A. przekaże całość know-how budowanego latami i w celu realizacji usług dla innych Klientów.

Jak już wskazano, przedmiotowe postanowienie art. 3 ust. 2 pkt 18) Umowy po raz pierwszy wprowadzono w 2017 roku. Wcześniej Zamawiający nie wymagał takiego przekazania – a zatem ceny kolejnych ofert nie obejmowały takiego obowiązku. Z kolei wykonawca umowy zawartej na podstawie SIWZ z 2017 roku, tj. Wykonawca Comarch, przekazuje do Zamawiającego na bieżąco całość know-how i narzędzi wytworzonych w ramach umowy (zgodnie ze wskazaną przez Izbę w wyroku KIO 880/17 wykładnią autentyczną) – z jednej strony otrzymuje za to wynagrodzenie (miał obowiązek wycenić to zobowiązanie w cenie oferty), z drugiej zaś strony na koniec realizacji umowy nie będzie w posiadaniu praw własności intelektualnej w przedmiotowym zakresie, gdyż wszystkie przekazał. A zatem przedmiotowe postanowienie po zmianie dokonanej Modyfikacją 15 będzie miało praktyczne zastosowanie tylko do Odwołującego – bo tylko Odwołujący posiada know-how i narzędzia wytworzone w celu utrzymania KSI ZUS. Nie ma znaczenia, że zostały one wytworzone 5 czy 10 lat temu oraz że Zamawiający nie zapłacił za ich wytworzenie – Zamawiający i tak wymaga ich przekazania.

W stanie faktycznym po dokonaniu Modyfikacji 15 mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający - pomimo treści Zarzutu 6 w Odwołaniu KIO 452/20 i wbrew żądaniu oraz argumentacji Odwołującego – jeszcze bardziej rozszerzył zakres obowiązków Wykonawcy, uprzywilejowując przy tym wykonawcę Comarch – co narusza art. 29 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP. Dodatkowo obecne brzmienie przedmiotowego postanowienia umowy narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, gdyż obowiązki Wykonawcy zostały sformułowane niejasno i niejednoznacznie, co z kolei wpływa na niemożność złożenia oferty. Co więcej – w sposób niezrozumiały Zamawiający uchyla się od oświadczeń składanych w 2017 roku, a mianowicie, że jego celem jest pozyskanie wyłącznie tych narzędzi i know-how, które powstaną w toku realizacji Umowy. Dla Odwołującego taka zmiana stanowiska jest zupełnie niezrozumiała – Odwołujący co do zasady działa w zaufaniu do oświadczeń i czynności Zamawiającego, a tymczasem mamy do czynienia ze zmianą stanowiska odnośnie tego, co Zamawiający chce pozyskać od wykonawcy.

Wobec faktu, że przedmiotowa zmiana SIWZ została dokonana z całkowitym pominięciem argumentacji Zarzutu 6 Odwołania KIO 452/20 należy przyjąć, że czynność Zamawiającego stanowi odrębną podstawę do zastosowania środków ochrony prawnej.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie zmiany dokonanej Modyfikacją 15,
2. wskazanie w art.3 ust. 2. pkt 18) Umowy, iż obowiązek określony w tym postanowieniu dotyczy Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi **wytworzonych w ramach realizacji Umowy.**

3. Modyfikacje 29 – 32: zmiana definicji „Incydent krytyczny”, „Incydent niski”, „Incydent średni wsad” i „Incydent VIP”, Załącznik nr 1 do Umowy

W Odwołaniu KIO 452/20 w zarzucie 10 Odwołujący wskazał na wadliwość definicji Incydentu krytycznego, Incydentu średniego wsad, Incydentu niskiego oraz Incydentu VIP, bardzo szczegółowo uzasadniając swoje stanowisko, w tym wskazując na zupełny brak konsekwencji po stronie Zamawiającego, który – pomimo poprzednich orzeczeń nakazujących zmianę SIWZ w analogicznych postępowaniach oraz pomimo tego, że sam uznawał już uprzednio argumentację odwołań i zmieniał SIWZ – ponownie określił wadliwie te definicje. W efekcie czynności Zamawiającego należało ocenić jako kolejną próbę narzucenia Wykonawcy postanowień, które już uprzednio i Sąd Powszechny i sam Zamawiający uznał za nieprawidłowe.

Odwołujący wskazywał, że nie jest dopuszczalne, aby SIWZ nie zawierał rzetelnych i rzeczowych definicji Incydentów, a ograniczał się do wskazania, że to Zamawiający będzie decydował o kwalifikacji danego Incydentu do danej kategorii. Podkreślić należy, że żadna z w/w 4 definicji nie spełniała w ogóle zasad obowiązujących dla definicji – nie wskazywały one bowiem przesłanek, po spełnieniu których dany Incydent kwalifikował się jako Incydent krytyczny, Incydent średni wsad, Incydent niski czy Incydent VIP, ale wszystkie 4 pseudo-definicje opierały się na wskazaniu, że to Zamawiający autorytarnie będzie *ad causam* decydował, do której kategorii dany Incydent zakwalifikuje.

Zamawiający uwzględnił ten zarzut odwołania KIO 420/20 i w miejsce pseudo-definicji wprowadził definicje, które już zawierają przesłanki zakwalifikowania danego Incydentu do danej kategorii. Jednak definicje te są wadliwe i naruszają przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP.

Zamawiający zmienił w tym zakresie definicję Incydentu krytycznego – uznał za słuszną argumentację Odwołującego, że nie jest dopuszczalne, aby Incydentem krytycznym był dowolny Incydent, według arbitralnego uznania Zamawiającego. Została wprowadzona definicja, która jednak nadal narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP w zakresie stwierdzenia, że Incydentem krytycznym jest już ograniczenie jednej, dowolnej funkcji Oprogramowania użytkowego, Oprogramowania wspomagającego zarządzanie IT oraz wsparcia Procesów zarządzania IT – czyli również takiej funkcji, która nie ogranicza realizacji procesów biznesowych ZUS lub wpływa na nie w sposób nieznaczny, przez co jej naprawa nie jest wymagana w trybie krytycznym.

Przykładem takich funkcji mogą być funkcjonalności ułatwiające lub poprawiające ergonomię pracy użytkownika Oprogramowania użytkowego jak np.:

- funkcja podglądu wydruku, przy poprawnym zachowaniu funkcji drukowania,
- funkcje automatycznie zmniejszające liczbę spraw kierowanych do superaprobaty,
- funkcje sterujące przetwarzaniem dokumentów jak np. rozmiarem paczki do przetworzenia czy sposobem logowania zdarzeń.

Ograniczenia dotyczące wskazanych powyżej przykładowo funkcji nie powodują zatrzymania procesu obsługi, a sama naprawa funkcji może być bez szkody dla ZUS wykonana w reżimie SLA jak dla Incydentu niskiego.

Przykładem innej grupy takich funkcji mogą być funkcje, które mogą być zrealizowane w inny wspierany przez Oprogramowanie sposób oraz takie, które nie wpływają na zaburzenie ciągłości realizacji procesu, przykładowo:

- funkcja podglądu dokumentów ubezpieczeniowych, która może być realizowana na różne sposoby oraz na różnych etapach obsługi sprawy,
- funkcja przenosząca dane do decyzji w sytuacji, kiedy jest możliwość zrealizowania tej funkcji poprzez obsługę (uzupełnienie) decyzji w innym miejscu w aplikacji lub poza aplikacją, w której funkcja nie działa,
- funkcje pozwalające na generowanie raportów w określonym formacie (gdy istnieje równolegle możliwość wygenerowania tego samego raportu w innym formacie).

Podane przykłady opisują ograniczenia pojedynczych funkcji – takich, które nie wpływają istotnie na procesy realizowane przez ZUS, bądź też nie wpływają w żaden sposób na krytyczne procesy biznesowe ZUS i z uwagi na swój charakter powinny być klasyfikowane i obsługiwane jako Incydent niski.

Natomiast wprowadzona zmianą SIWZ definicja Incydentu krytycznego pozwala Zamawiającemu klasyfikować do kategorii Incydent krytyczny każdy z w/w przykładów. A to właśnie przez odwołanie się w definicji do ograniczenia jednej, dowolnej funkcji. Postanowienie to oznacza, że definicja ta nadal ma charakter otwarty, a tym samym zmiana wprowadzona przez Zamawiającego jest zmianą pozorną. Celem klasyfikacji Incydentów jako Incydenty niskie, Incydenty średnie oraz Incydenty krytyczne jest określenie uciążliwości ograniczenia danej funkcji dla organizacji Zamawiającego i dobranie w oparciu o **obiektywne** kryteria adekwatnego poziomu obsługi. Tymczasem w oparciu o aktualną definicję Incydentu krytycznego, dowolny Incydent może być zawsze klasyfikowany jako Incydent krytyczny. Zdaniem Odwołującego definicja Incydentu krytycznego powinna się odnosić do określonych ograniczeń krytycznych procesów biznesowych ZUS, które Zamawiający *nota bene* przywołuje w dalszej części definicji Incydentu krytycznego.

Jak już wskazywano w Odwołaniu KIO 452/20 brak odpowiedniej definicji Incydentu krytycznego wpływa wprost na możliwość ukarania Wykonawcy przez Zamawiającego – i to zupełnie niezależnie od jakiegokolwiek działania czy zaniechania Wykonawcy, czy też od winy Wykonawcy. Otóż Zamawiający może karać Wykonawcę za samo **wystąpienie** Incydentu krytycznego. W załączniku nr 19 w części B, pkt I, ppkt 6 b (strona 28) wskazano:

*„ZUS nalicza dla każdego Projektu osobno obniżenie wynagrodzenia za pełnienie funkcji Integratora w wysokości **8% za wystąpienie pierwszego incydentu krytycznego** i 15% za wystąpienie powyżej 150 Incydentów.”*

Zamawiający zmienił również definicję Incydentu średniego wsad – uznał za słuszną argumentację Odwołującego, że nie jest dopuszczalne, aby Incydemtem średnim wsad był dowolny Incydent, według arbitralnego uznania Zamawiającego. Została wprowadzona definicja, która jednak nadal narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP w zakresie w zakresie stwierdzenia, że Incydemtem średnim wsad jest Incydent powodujący częściowy brak możliwości korzystania z Oprogramowania użytkowego. Taka definicja jest otwarta i powoduje, że dowolny Incydent dotyczący usług wsadowych może być sklasyfikowany jako Incydent średni wsad, w tym Incydenty, które nie powodują blokowania lub też wydłużania procesu przetwarzania lub też nie powodują błędów z nim związanych – takie Incydenty powinny być obsługiwane na poziomie Incydent niski. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o ograniczenie definicji Incydentu średniego wsad do tych Incydentów, które realnie wpływają na brak możliwości realizacji lub błędną realizację procesów biznesowych ZUS.

Wprowadzona przez Zamawiającego nowa definicja Incydentu VIP jest ogólnikowa, nie zawiera żadnych konkretnych przesłanek – a tym nie określa ani katalogu klientów, który zobowiązany będzie obsługiwać Wykonawca, ani co istotniejsze skali i rodzaju problemów, które w tego wysokiego poziomu świadczenia

usługi serwisowej zobowiązany będzie obsłużyć Wykonawca. Co prawda Zamawiający odwołuje się do pojęcia „klient strategiczny”, jednakże SIWZ nie reguluje tego pojęcia. A zatem na etapie przygotowania oferty wykonawca nie ma wiedzy, jakich klientów miałby tutaj obsługiwać, ilu ich jest, itp. Brak ponadto wskazania na rodzaj problemu czy jego skalę powoduje, że Incydem VIP może być dowolny problem występujący u dowolnego klienta Zamawiającego (Zamawiający może dowolnego klienta uznać za „strategicznego”). Mając na uwadze, że Zamawiający posiada 2,5 mln klientów, do których odnosić się może ta kategoria Incydem (tj. płatników składek), to skala Incydem VIP może być ogromna. Jednocześnie nie ma w SIWZ żadnych informacji, które umożliwiłyby wycenę kosztów związanych z realizacją umowy w zakresie usuwania Incydemów VIP.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnioskuję o ograniczenie katalogu problemów, które w ramach tego poziomu będzie zobowiązany obsłużyć do tych, związanych z brakiem możliwości przesłania z Programu Płatnik elektronicznych dokumentów ubezpieczeniowych do Zamawiającego oraz wprowadzenie możliwości zdalnej obsługi takich żądań. Podkreślić należy, że Zamawiający wprowadził zmiany do SIWZ już po wprowadzeniu stanu epidemii i w okresie obowiązywania szeregu ograniczeń przemieszczania się – stąd też powinien dostosować zakres obowiązków oraz sposób realizacji Umowy do nowych okoliczności. Konieczne zatem jest dopuszczenie rozwiązania Incydemu VIP za pomocą zdalnej obsługi.

Dodatkowo odnośnie definicji Incydemu średniego i Incydemu niskiego wskazać należy, że – pomimo dokonania zmian – Zamawiający nie zlikwidował niedopuszczalnego i sprzecznego z prawem stanu arbitralności przy ustalaniu kwalifikacji danego Incydemu właśnie pomiędzy kategorią „niski” i „średni wsad”, pozostawiając w definicjach postanowienie o uprawnieniu Zamawiającego do podniesienia poziomu z niskiego na średni wsad. Zamawiający zdefiniował bowiem kryteria, na podstawie których Incydemy są przypisywane do poszczególnych kategorii – nie istnieje zatem ani potrzeba, ani możliwość zmiany przypisania poziomu obsługi wynikających z innych przyczyn niż zdefiniowane kryteria. Podtrzymanie zapisów o arbitralnej decyzji jest sprzeczne z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt XXIII Ga 780/16, w którym wskazano: *„Stanowisko Sądu Okręgowego jest tożsame ze stanowiskiem skarżącej spółki. Nie sposób było nie zgodzić się z argumentacją Asseco, co do zasady. Muszą być definicje incydemów. Złe doświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z kwestią reklamacji czy dany incydent można zakwalifikować do danej kategorii nie może stanowić podstawy do podejmowania decyzji o charakterze arbitralnym, tym bardziej gdy zakwalifikowanie danego incydemu wiąże się z nie tylko koniecznością szybszej reakcji Wykonawcy, ale także jego odpowiedzialnością z tytułu kar umownych (...).”* Nie jest dla Odwołującego zrozumiała sytuacja, w której Zamawiający nie stosuje wyroków Sądów Powszechnych zapadłych w jego sprawie, w analogicznej sytuacji. W ten sposób Zamawiający w sposób prosty dąży do tego, aby także postanowienia niniejszego SIWZ stały się przedmiotem badania przez Sąd Okręgowy, w wyniku ewentualnej skargi. Odwołujący ma świadomość, że zaniechanie w Modyfikacji 30 i 31 dokonania zmian zgodnie z żądaniem zarzutu 10 Odwołania KIO 452/10, powinno być rozpatrywane w ramach odwołania KIO 452/20 – niemniej jednak z ostrożności wskazuje ponownie na wadliwość także tych definicji.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnioskuję o:

1. Zmianę definicji Incydemu krytycznego poprzez wykreślenie zwrotu: „że przestaje ono spełniać jedną lub więcej swoich funkcji. W szczególności dotyczy to Incydemu powodującego przerwę

w działaniu lub obniżenie jakości usługi, zidentyfikowany jako” i wpisanie w to miejsce „które identyfikowane jest jako”

<p>Incydent krytyczny</p>	<p><i>Incydent powodujący całkowity brak możliwości korzystania z Oprogramowania użytkowego, Oprogramowania wspomagającego zarządzanie IT, brak funkcjonowania wsparcia Procesów zarządzania IT albo takie ograniczenie możliwości korzystania z powyższego, które identyfikowane jest jako:</i></p> <p><i>incydent dostępności, wydajności, niezawodności, ciągłości – sytuacja, kiedy w danej godzinie zostały zarejestrowane w Systemie Zgłoszeniowym incydenty i jednocześnie zarejestrowane zostały zdarzenia krytyczne dotyczące dostępności albo wydajności albo niezawodności albo ciągłości Usług IT,</i></p> <p><i>lub incydent aplikacji – sytuacja, kiedy w danej godzinie zostały zarejestrowane w Systemie Zgłoszeniowym incydenty dotyczące danej aplikacji przez więcej niż 5% unikalnych użytkowników w odniesieniu do limitu użytkowników mogących pracować w danej aplikacji, bez względu na lokalizację zgłoszenia,</i></p> <p><i>lub incydent stanowiący nieprawidłowe zachowanie aplikacji, uniemożliwiające:</i></p> <p><i>a) przygotowanie dokumentów finansowo-księgowych z operacji dziennych</i></p> <p><i>b) dzienne przetwarzanie wsadowe.</i></p> <p><i>c) przetwarzanie list wypłatowych terminowych i dziennych.</i></p> <p><i>d) waloryzację roczną świadczeń emerytalno-rentowych.</i></p> <p><i>e) roczne rozliczenie podatkowe świadczeniobiorców.</i></p> <p><i>f) przyznawanie świadczeń w celu ustalenia wypłaty po raz pierwszy przez 70% użytkowników.</i></p> <p><i>g) zmiany świadczeń w celu ustalenia ponownej wypłaty przez 70% użytkowników,</i></p> <p><i>lub występujący u 50% użytkowników pracujących w obecności klienta Zamawiającego, dla co najmniej 1 Oddziału Zamawiającego.</i></p> <p><i>Poziom świadczenia Usługi serwisowej: Incydent krytyczny wsad lub Incydent krytyczny interakcja lub Incydent krytyczny portale.</i></p>
----------------------------------	---

2. Wykreślenie w definicji Incydentu niskiego oraz Incydentu średniego wsad postanowień o uprawnieniu Zamawiającego do podniesienia poziomu świadczenia Usługi serwisowej z Incydent niski wsad do Incydent średni wsad.
3. Zmianę definicji Incydentu średniego wsad poprzez wykreślenie zwrotu „Incydent powodujący częściowy brak możliwości korzystania z Oprogramowania użytkowego” i wpisane w to miejsce „Incydent powodujący częściowy brak możliwości korzystania z Oprogramowania użytkowego skutkujący brakiem możliwości realizacji lub błędną realizacją procesów biznesowych”.

4. Zmianę definicji Incydentu VIP poprzez wprowadzenie definicji o treści:

<i>Incydent VIP</i>	<i>Incydent, dotyczący Programu Płatnik, uniemożliwiający klientowi strategicznemu Zamawiającego wysłanie elektronicznych dokumentów ubezpieczeniowych do systemu Zamawiającego, wiążący się z wizytą u klienta strategicznego lub zdalnym wsparciem klienta strategicznego w ramach Usługi UU_WPP#00.</i> <i>Poziom świadczenia Usługi serwisowej UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_POR.</i>
----------------------------	---

oraz określenie w Umowie, co Strony rozumieją poprzez klienta strategicznego Zamawiającego, np. poprzez dodanie definicji tego pojęcia, określającej ilość klientów strategicznych.

Podpis:

Adam Kleniewski
Pełnomocnik

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
2. Pełnomocnictwo.
3. Odpis z KRS.
4. Dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.