Warszawa, 31 lipca 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 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 Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS, znak sprawy: TZ/271/89/19.
Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 21 kwietnia 2020 roku, 2020/S 078-184546.

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:**

a. od zmiany SIWZ w wyniku udzielenia w dniu 23 lipca 2020 roku odpowiedzi na pytania dotyczące Wirtualnego Doradcy – oprogramowania silnika wirtualnego doradcy - Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot);

b. od zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytanie 2 zadane prze Asseco w dniu 9 czerwca 2020 roku.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu poprzez dokonanie w/w czynności naruszenie następujących przepisów:

a. Art. 38 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na wszystkie pytania zawarte w Pytaniu 2 z dnia 9 czerwca 2020 roku;

b. art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;

c. art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

d. 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;

e. naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z w/w przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości,

f. 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.

III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 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 23 lipca 2020 roku dokonał zmian IWZ. Zatem wniesienie odwołania do dnia 3 sierpnia 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 PZP 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:

Stan faktyczny

1. Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2020 roku opublikował SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.
2. Asseco Poland po zapoznaniu się z treścią SIWZ w dniu 3 maja 2020 roku wniosło odwołanie (sygn. akt KIO 937/20), w którym m. in. zawarto zarzuty:
   a. Zarzut 2 dotyczący Artykułu 2 „Przedmiot Umowy", ust. 1: Wirtualny Doradca oraz Rozwój i Utrzymanie Oprogramowania Standardowego, w którym wskazywano na konieczność wyraźnego wydzielenia usług utrzymania dla oprogramowania standardowego;
   b. Zarzut 12 dotyczący Załącznika 9 rozdział III pkt C ppkt 1 i ppkt 3 - Dostarczanie Rozwiązań incydentów dla Oprogramowania standardowego, w którym wskazywano na konieczność dostosowania wymagań Zamawiającego w tym zakresie do realiów rynkowych, tj. możliwych do uzyskania od producentów.
3. W dniu 29 maja 2020 roku Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ:
   a. W kontekście Zarzutu 2 – dodano w art. 2 nowy ust. 4;
   b. W kontekście Zarzutu 12 – dodano postanowienia stanowiące, że dla Oprogramowania Standardowego czas obsługi zgłoszenia zatrzymuje się do czasu wydania nowej wersji Oprogramowania Standardowego
4. Jednocześnie w tej samej modyfikacji z 29.05.2020r. Zamawiający zmodyfikował Załącznik 8 do SIWZ „Opis systemu Portal PUE":

MODYFIKACJA 14

Załącznik nr 8 do SIWZ Opis systemu Portal PUE.

Na końcu dokumentu dodaje się Rozdział „Obsługa zgłoszeń serwisowych" o następującej treści:

„

Obsługa zgłoszeń serwisowych.

W poniższe tabeli Zamawiający przedstawia statystykę zgłoszeń serwisowych zgłoszonych do poszczególnych usług za okres: 2018.11.27-2020-05.05.

Program serwisowy	Priorytet			Suma
	Krytyczny	Niski	Średni	
1068462_ASC_SYS_ODI.OB1		478		478
1068462_ASC_SYS_ODI.OB2			9	9
1068462_ASC_SYS_ODI.OB3	40			40
1068462_ASC_SYS_KON_AP.1		47		47
1068462_ASC_SYS_KON_AP.2		1		1

Dodatkowo zamawiający w załączeniu udostępnia wykaz zgłoszeń serwisowych przekazanych do Wykonawcy.

Jednocześnie Zamawiający informuję, że dokument „Wykaz zgłoszeń serwisowych" stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Z w/w tabeli wynika dla usługi „Obsługa Incydentów w zakresie Wirtualnego Doradcy oraz platformy JBoss [SYS_USM_WD]" brak było jakichkolwiek zgłoszeń serwisowych.

5. W dniu 17 czerwca 2020 roku Asseco Poland złożyło pismo procesowe w sprawie KIO 937/20, w którym m.in. odniesiono się do w/w zarzutów 2 i 12:

   Zarzut 2

   Zamawiający Modyfikacją nr 1 dokonał zmiany art. 2 Umowy poprzez dodanie ust. 4. Jednocześnie Modyfikacją nr 6 dokonał zmiany SIWZ w zakresie Rozdziału 2 Opis przedmiotu zamówienia. Jednak zmiana dokonana w dokumencie SIWZ nie została dokonana w samej Umowie w art. 2. A zatem obecnie brzmienie SIWZ i Umowy w zakresie przedmiotu zamówienia/umowy nie jest tożsame. Wyłączenie z zakresu usług utrzymania oprogramowania standardowego, które zostało dokonane w SIWZ, nie zostało dokonane w Umowie.
   Wobec powyższego Odwołujący w całości ***podtrzymuje*** *argumentację i żądania Zarzutu 2 – tj. wnosi o wyraźne wskazanie w Umowie zakresu poszczególnych usług, poprzez wskazanie, które komponenty Systemu objęte są Rozwojem i Modyfikacjami, a które objęte są usługami utrzymania.*

   Zarzut 12

   Zamawiający Modyfikacją nr 12 dokonał w części zmian zgodnie z żądaniem Zarzutu 12. Tym samym Zamawiający poprzez czynność faktyczną dokonał uwzględnienia odwołania w przedmiotowej części.
   Wobec powyższego Odwołujący wnosi o ***umorzenie*** *postępowania w zakresie Zarzutu 12.*

6. W dniu 24 czerwca 2020 roku Zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji SIWZ – zmienił treść art. 2 ust. 4 Umowy, w związku z treścią Zarzutu 2.

7. Odwołujący zanalizował kolejne zmiany SIWZ i w dniu 1 lipca 2020 roku wniósł kolejne pismo procesowe w sprawie KIO 937/20 – Odwołujący uznał, że w/w Modyfikacją nr 1 Zamawiający dokonał zmian zgodnie z żądaniem Zarzutu 2 i tym samym Zamawiający poprzez czynność faktyczną dokonał uwzględnienia odwołania w przedmiotowej części. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania w zakresie Zarzutu 2.

8. W dniu 2 lipca 2020 roku dokonano kolejnej modyfikacji SIWZ w zakresie Załącznika 8 do SIWZ „Opis systemu Portal PUE":

MODYFIKACJA 1

Załącznik nr 8 – Opis systemu Portal PUE, na końcu pierwszej części (po opisie ITS) dodaje się zapis:

„

Dla oprogramowania standardowego: Postgres, Webmethods, Liferay, kontrolka KIR Szafir SDK, MS SQL Server Zamawiający nie wymaga wykupienia stosownego wsparcia przez Wykonawcę od producenta oprogramowania. Obowiązek ten dotyczy oprogramowania silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot).

Na dzień przygotowywania odpowiedzi Zamawiający nie posiada wsparcia dla:

- Postgres ogłoszono postępowanie w sprawie zakupu (TZ/271/87/19) obecnie trwa ocena złożonych ofert,
- MS SQL Server.

Na dzień przygotowywania odpowiedzi Zamawiający posiada wsparcie dla:

- Webmethods – do 16 stycznia 2021 roku,
- Liferay – wsparcie dla wersji DXP – do 15 kwietnia 2021 roku,
- kontrolka KIR Szafir SDK – do 23 sierpnia 2021 roku.

9. W dniu 8 lipca 2020 roku Zamawiający w toku rozprawy odwoławczej sygn. akt KIO 937/20 złożył oświadczenie o uznaniu m.in. zarzutu 2 i 12, stąd też postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone.

10. W dniu 16 lipca 2020 roku – wobec nowych okoliczności faktycznych – Asseco zadało kolejne pytanie do SWZ:

    Pytanie 1.

    Prosimy o wyjaśnienie następującego stanu faktycznego:

    a) *Modyfikacją nr 1 SIWZ z dnia 2 lipca 2020r. Zamawiający dodał zapis:*
    "Dla oprogramowania standardowego: (...) Zamawiający nie wymaga wykupienia stosownego wsparcia przez Wykonawcę od producenta oprogramowania. Obowiązek ten dotyczy oprogramowania silnika wirtualnego doradcy - Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot)."

    b) *W ramach realizacji Umowy na rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS nr 1068462 z dnia 27 listopada 2018 r. oraz nr 1075413 zawartej 04 marca 2020 r. w toku posiedzenia Komitetu Sterującego w dniu 25 czerwca 2020 r. Zamawiający wskazał:*

    1. Omówienie działań przewidzianych na najbliższe tygodnie:
    e. Strona ZUS poinformowała Asseco, że Zakład odstąpił od Umowy, której efektem miało być dostarczenie nowej wersji „Wirtualnego doradcy" – nie będzie wdrożenia. (treść z projektu przygotowanego przez Zamawiającego protokołu z posiedzenia Komitetu Sterującego)

*Wobec powyższego zwracamy się z prośbą o **<u>wyjaśnienie, czy Wykonawca zobowiązany będzie do wykupienia opieki serwisowej do oprogramowania silnika wirtualnego doradcy - Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot</u>**):*

1. *W przypadku odpowiedzi twierdzącej – wnosimy o wskazanie w SIWZ, jakiej wersji oprogramowania dotyczyć ma opieka serwisowa i dla jakiego okresu.*
2. *W przypadku odpowiedzi przeczącej – wnosimy o wprowadzenie odpowiednich zmian w SIWZ, które odzwierciedlałyby w/w oświadczenia Zamawiającego.*

11. W dniu 23 lipca 2020 roku Zamawiający opublikował w trybie art. 38 Ustawy PZP po raz pierwszy w tym postępowaniu odpowiedzi na pytania zadane w toku postępowania. Pomimo obszerności pliku (96 stron) Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie Asseco z dnia 16 lipca 2020 roku.

12. W/w odpowiedzi na pytania dotyczyły między innymi w/w kwestii związanych z oprogramowaniem standardowym, usługami serwisowymi z nimi związanymi, w tym Wirtualnego Doradcy i oprogramowania Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot)

a) Zestaw II Pytanie nr 11

Dotyczy: Załącznik 9 do Umowy - Zakres oraz poziom świadczenia Usług serwisowych, Metryka „Obsługa Incydentów w zakresie Wirtualnego Doradcy oraz platformy JBoss [SYS_USM_WD]"
Wykonawca zwraca uwagę, że Usługa Serwisowa SYS_USM_WD została powołana w odseparowaniu od metryk aplikacyjnych. Dotychczasowe doświadczenie Wykonawcy jest takie, że metryki Serwisowe takie jak między innymi Obsługa incydentów czy konsultacje utrzymaniowe świadczone są w kontekście konkretnych metryk: aplikacyjnych, narzędziowych czy procesowych.
We wszystkich metrykach realizowanych w ramach Umowy, wskazanych w Załączniku 10 nie została zawarta metryka serwisowa w polu "Poziom wsparcia Usługi". Tym samym Wykonawca prosi o wskazanie czy przedmiotowa metryka serwisowa ma być realizowana i zgłaszana Wykonawcy w oderwaniu od metryk Utrzymania?

Odpowiedź:
Zamawiający potwierdza, że przedmiotowa metryka serwisowa ma być realizowana i zgłaszana Wykonawcy w oderwaniu od metryk Utrzymania.

b) Zestaw II Pytanie nr 24

Dotyczy Załącznik 2 do SIWZ - Wzór Umowy, Art.11, Ust. 2 „Usługi utrzymania, o którym mowa w ust. 1, nie obejmują Oprogramowania standardowego: Postgres, Webmethods, Liferay, kontrolka KIR Szafir SDK, MS SQL Server z zastrzeżeniem realizacji obowiązku wskazanego w ust. 1 pkt 3". Zamawiający nie wyłączył z Usługi utrzymania oprogramowania silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot), które jest oprogramowaniem komercyjnym. Na jakich zasadach Zamawiający oczekuje świadczenia usług w odniesieniu do wspomnianego oprogramowania?

Odpowiedź:
Zamawiający oczekuje od Wykonawcy zapewnienia usługi utrzymania dla wskazanego oprogramowania na zasadach opisanych w Artykule 11, w tym dostarczanie poprawek oraz nowych wersji tego oprogramowania, co oznacza <u>obowiązek wykupienia przez Wykonawcę stosownych uprawnień od producenta oprogramowania</u>.

c) Zestaw II Pytanie nr 25

Czy Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia licencji wsparcia do oprogramowania? Jeżeli tak, to do jakiego oprogramowania?

Odpowiedź:
Dla oprogramowania standardowego: Postgres, Webmethods, Liferay, kontrolka KIR Szafir SDK, MS SQL Server Zamawiający nie wymaga wykupienia stosownego wsparcia przez Wykonawcę od producenta oprogramowania. Obowiązek ten dotyczy oprogramowania silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot).

d) Zestaw V Pytanie nr 2

W art. 2 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy, Zamawiający wymienił m. in Wirtualnego Doradcę oraz Wirtualny Inspektorat jako komponenty Aplikacji portalowej, z której zbudowany jest System.
Prosimy o szczegółowe opisanie co dokładnie Zamawiający rozumie pod pojęciem Wirtualnego Doradcy oraz Wirtualnego Inspektoratu.
Dodatkowo prosimy o wyjaśnienie czym różni się Wirtualny Doradca (element wymieniony w art. 2 ust. 1 pkt 1) lit. b)) od Silnika wirtualnego doradcy (komponent wymieniony w art. 2 ust. 1 pkt. 6) lit. n)).
Czy Zamawiający posiada kody źródłowe i/lub licencje dla Wirtualnego Doradcy i Wirtualnego Inspektoratu na bazie której Wykonawca będzie mógł dokonywać modyfikacji tych dwóch komponentów?

Odpowiedź:
Na portalu zus.pl dostępnych jest szereg usług dostępnych bez zalogowania, które nie dotyczą danych szczegółowych klientów. Są to głównie usługi informacyjne dla klientów ZUS opisujące ogólne zasady związane z zasadami dotyczącymi podleganiu ubezpieczeniom społecznym oraz załatwianiu poszczególnych typów spraw w ZUS. Wirtualny Doradca i Wirtualny Inspektor są właśnie takimi zbiorami usług skierowanymi do klientów korzystających z ogólnej części portalu. Wirtualny Doradca jest to awatar, który po wpisaniu pytania przez użytkownika udziela na nie odpowiedzi w czasie rzeczywistym. Wirtualny doradca technologicznie bazuje na rozwiązaniu komercyjnym dostarczonym przez firmę Stanusch Technologies; tzw. Omni-Chatbot. Rozwiązanie (silnik wirtualnego doradcy) opiera się na sztucznej inteligencji, która rozumie pytania użytkowników zadane w języku naturalnym, a następnie (dzięki dostępnym zasobom wiedzy) udziela na nie odpowiedzi. Odpowiedzi są gromadzone w bazie wiedzy czyli zbiorze artykułów (faktów), dzięki którym awatar potrafi odpowiadać na pytania zadawane przez użytkowników. ZUS posiada licencje do obecnie wykorzystywanego Wirtualnego Doradcy.

Wirtualny Inspektorat jest to element strony internetowej ZUS, który można określić jako wydzieloną prezentację opisującą sposób organizacji bezpośredniej obsługi klientów w placówkach ZUS. Usługa umożliwia zapoznanie się z zasadami obsługi klientów, zakresem udostępnianych usług oraz stanowiskami do ich obsługi zlokalizowanymi w jednostkach ZUS.

Naruszenie przepisu art. 38 ust. 1 Ustawy PZP

13. Po pierwsze należy wskazać, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 2 w Zestawie V – pomimo faktu, że odpowiedź jest obszerna – nie udzielił odpowiedzi na pytanie:

    Czy Zamawiający posiada kody źródłowe i/lub licencje dla Wirtualnego Doradcy i Wirtualnego Inspektoratu na bazie której Wykonawca będzie mógł dokonywać modyfikacji tych dwóch komponentów?

    Jest to niezrozumiałe – skoro Zamawiający udzielił odpowiedzi na 2 pozostałe pytania, nie wiadomo, dlaczego nie odpowiedział na to właśnie pytanie.

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP

14. Zamawiający udzielając odpowiedzi na Pytanie 24 z Zestawu II, wskazał, że

    Zamawiający oczekuje od Wykonawcy zapewnienia usługi utrzymania dla wskazanego oprogramowania na zasadach opisanych w Artykule 11, w tym dostarczanie poprawek oraz nowych wersji tego oprogramowania, ***co oznacza obowiązek wykupienia przez Wykonawcę stosownych uprawnień od producenta oprogramowania.***

    Taki sam obowiązek zakupienia przez Wykonawcę wsparcia dla oprogramowania silnika wirtualnego doradcy został narzucony w odpowiedzi na Pytanie 25 z zestawu II:

    Dla oprogramowania standardowego: Postgres, Webmethods, Liferay, kontrolka KIR Szafir SDK, MS SQL Server Zamawiający nie wymaga ***wykupienia stosownego wsparcia przez Wykonawcę od producenta oprogramowania. Obowiązek ten dotyczy oprogramowania silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot).***

15. Podkreślić należy, że przedmiotowe zamówienie nie obejmuje dostaw oprogramowania, w tym nie obejmuje dostaw oprogramowania Wirtualnego Doradcy (kiedyś: Stanusch Technologies, obecnie Omni-Channel Chat Bot, dalej zwany „***Wirtualnym Doradcą***").

    W tym zakresie przedmiot umowy wskazuje, że:

    a. Art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. b) – Wirtualny Doradca jest Aplikacją portalową;

    b. Art. 1 ust. 1 pkt 6 lit. n) – jednym ze składników Oprogramowania Standardowego jest *Silnik wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot),*

    c. art. 2 ust. 4 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 1 b) – należy świadczyć usługi Rozwoju i Modyfikacji dla Aplikacji Portalowej Wirtualny Doradca z zastrzeżeniem:

       Zmiana kodu Oprogramowania standardowego następuje jedynie poprzez instalację poprawek lub nowych wersji producenta oprogramowania;

    d. należy świadczyć Usługi utrzymania – zgodnie z Definicją (z Załącznika 1): *Usługi zapewniające nieprzerwane, bezawaryjne funkcjonowanie Systemu w Środowisku produkcyjnym oraz Środowisku preprodukcyjnym w zakresie określonym w art. 11 Umowy*.

16. A zatem mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający nie wymaga w SIWZ, aby wykonawca dostarczył Zamawiającemu odpowiednie licencje do oprogramowania Wirtualnego Doradcy, a jedynie wskazał, że mają być świadczone Usługi utrzymania (osobna kwestią jest wymaganie modyfikowania Wirtualnego Doradcy). W takim przypadku Zamawiający nie ma uprawnień do

narzucania Wykonawcy sposobu realizacji zobowiązań umownych, w szczególności poprzez narzucenie obowiązku wykupienia opieki serwisowej od konkretnej firmy (producenta oprogramowania). Zamawiający nie może nakazywać dokonywania konkretnych zakupów (gdy nie oczekuje dostarczenia licencji), gdyż obowiązek zapewnienia wsparcia/opieki serwisowej może być przez wykonawców zrealizowany w różny sposób - np. poprzez przejęcie/wykupienie producenta i świadczenie takich usług jako własnych lub też wykupienie jej u jednego z dystrybutorów oprogramowania lub serwisu.

Tym samym w/w modyfikacje SIWZ w sposób oczywisty naruszają art. 29 ust. 2 Ustawy PZP – Zamawiający z nieuzasadnionych przyczyn traktuje w sposób uprzywilejowany obecnego właściciela oprogramowania Wirtualnego Doradcy.

17. Narzucony przez Zamawiającego obowiązek jest tym bardziej niezrozumiały w świetle Modyfikacji nr 14 z dnia 29 maja 2020, z której wynika, że w kontekście usługi serwisowej „Obsługa Incydentów w zakresie Wirtualnego Doradcy oraz platformy JBoss [SYS_USM_WD]" nie zostały zarejestrowane żadne zgłoszenia:

W poniższe tabeli Zamawiający przedstawia statystykę zgłoszeń serwisowych zgłoszonych do poszczególnych usług za okres: 2018.11.27-2020-05.05.

Program serwisowy	Priorytet			Suma
	Krytyczny	Niski	Średni	
1068462_ASC_SYS_ODI.OB1		478		478
1068462_ASC_SYS_ODI.OB2			9	9
1068462_ASC_SYS_ODI.OB3	40			40
1068462_ASC_SYS_KON_AP.1		47		47
1068462_ASC_SYS_KON_AP.2		1		1

Dodatkowo zamawiający w załączeniu udostępnia wykaz zgłoszeń serwisowych przekazanych do Wykonawcy.
Jednocześnie Zamawiający informuję, że dokument „Wykaz zgłoszeń serwisowych" stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Odwołujący po zapoznaniu się z w/w postanowieniem SIWZ uznał, że rozwiązanie Omni-Channel Chat Bot:

a) jest tak dojrzałe, że nie powoduje żadnych błędów,

lub też

b) jest zupełnie niewykorzystywane przez Zamawiającego.

Pierwsza okoliczność stawia pod znakiem zapytania oczekiwaną przez Zamawiającego konieczność świadczenia usługi Obsługa Incydentów w zakresie Wirtualnego Doradcy oraz platformy JBoss [SYS_USM_WD] w reżimie 24/7, gdyż zgodnie z Załącznikiem nr 9 „Zakres oraz poziom świadczenia Usług serwisowych":

3) Kalendarz świadczenia usługi

1. Usługa serwisowa świadczona jest w trybie 24/7.

Świadczenie usług serwisu w trybie 24/7 w odniesieniu do oprogramowania, które nie generuje błędów można uznać za pozbawione rozsądku oraz ukształtowane wbrew zasadom racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Warto zwrócić uwagę, że obsługa serwisowa realizowana w zwykłych godzinach pracy (czyli w trybie 8/5) jest znacznie tańsza, niezależnie od rodzaju oprogramowania.

18. Z kolei odnosząc się do drugiej z w/w okoliczności, tj. ewentualnego niewykorzystywania przez Zamawiającego przedmiotowego oprogramowania Asseco Poland wskazuje, że w dniu 25 czerwca 2020 r. na posiedzeniu Komitetu Sterującego powziął wiedzę, iż Zamawiający odstąpił od umowy, której efektem miało być dostarczenie nowej wersji „Wirtualnego doradcy" w związku z czym nie odbędzie się wdrożenie tego oprogramowania. Wobec powyższego Odwołujący zadał kolejne pytanie (na które nie otrzymał na razie odpowiedzi):

Pytanie 1.

Prosimy o wyjaśnienie następującego stanu faktycznego:

c) Modyfikacją nr 1 SIWZ z dnia 2 lipca 2020r. Zamawiający dodał zapis:

"Dla oprogramowania standardowego: (...) Zamawiający nie wymaga wykupienia stosownego wsparcia przez Wykonawcę od producenta oprogramowania. Obowiązek ten dotyczy oprogramowania silnika wirtualnego doradcy - Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot)."

d) W ramach realizacji Umowy na rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS nr 1068462 z dnia 27 listopada 2018 r. oraz nr 1075413 zawartej 04 marca 2020 r. w toku posiedzenia Komitetu Sterującego w dniu 25 czerwca 2020 r. Zamawiający wskazał:

1. Omówienie działań przewidzianych na najbliższe tygodnie:

e. Strona ZUS poinformowała Asseco, że Zakład odstąpił od Umowy, której efektem miało być dostarczenie nowej wersji „Wirtualnego doradcy" – nie będzie wdrożenia. (treść z projektu przygotowanego przez Zamawiającego protokołu z posiedzenia Komitetu Sterującego).

*Wobec powyższego zwracamy się z prośbą o **wyjaśnienie, czy Wykonawca zobowiązany będzie do wykupienia opieki serwisowej do oprogramowania silnika wirtualnego doradcy - Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot**):*

1. *W przypadku odpowiedzi twierdzącej – wnosimy o wskazanie w SIWZ, jakiej wersji oprogramowania dotyczyć ma opieka serwisowa i dla jakiego okresu.*
2. *W przypadku odpowiedzi przeczącej – wnosimy o wprowadzenie odpowiednich zmian w SIWZ, które odzwierciedlałyby w/w oświadczenia Zamawiającego.*

19. Istotny jest także fakt, że Zamawiający wymaga wprost od Wykonawcy wykupienia opieki serwisowej do rozwiązania Omni-Channel Chat Bot, które dostępne jest jedynie od jego producenta, gdyż na stronach producenta https://www.stanusch.com/ oraz produktu https://www.omni-chatbot.com/ nie ma żadnych informacji o innych dystrybutorach tego oprogramowania. Oczywistym jest zatem, że firma ta może narzucić dowolne warunki finansowe wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, co spowoduje, że producent rozwiązania, decydując o poziomach cen dla poszczególnych oferentów, może wpłynąć na konkurencyjność postępowania, co jest sprzeczne z art. 29 ust. 2 Ustawy PZP.

Trudno zrozumieć, dlaczego Zamawiający nie przeprowadzi odrębnego postępowania na zapewnienie stosownego wsparcia bezpośrednio od producenta oprogramowania, tak jak czyni to dla Oprogramowania Standardowego w pozostałym zakresie. Wynika to zarówno z praktyki obowiązującej w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych, jak i z Modyfikacji nr 1 z dnia 2 lipca 2020 r.:

MODYFIKACJA 1

Załącznik nr 8 – Opis systemu Portal PUE, na końcu pierwszej części (po opisie ITS) dodaje się zapis:

„

Dla oprogramowania standardowego: Postgres, Webmethods, Liferay, kontrolka KIR Szafir SDK, MS SQL Server Zamawiający nie wymaga wykupienia stosownego wsparcia przez Wykonawcę od producenta oprogramowania. Obowiązek ten dotyczy oprogramowania silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot).

Na dzień przygotowywania odpowiedzi Zamawiający nie posiada wsparcia dla:

- Postgres ogłoszono postępowanie w sprawie zakupu (TZ/271/87/19) obecnie trwa ocena złożonych ofert,
- MS SQL Server.

Na dzień przygotowywania odpowiedzi Zamawiający posiada wsparcie dla:

- Webmethods – do 16 stycznia 2021 roku,
- Liferay – wsparcie dla wersji DXP – do 15 kwietnia 2021 roku,
- kontrolka KIR Szafir SDK – do 23 sierpnia 2021 roku.

Nie bez znaczenia jest też okoliczność, na którą Odwołujący wskazuje w pytaniu zadanym w dniu 16.07.2020, że jeśli istotnie Wirtualny Doradca wykorzystujący Oprogramowanie Standardowe w postaci platformy Omni-Channel Chat Bot nie będzie wdrażane u Zamawiającego, wówczas narzucenie na oferentów konieczności wykupienia opieki serwisowej na to rozwiązanie jest bezcelowe i będzie naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

20. Podkreślić też należy, że Zamawiający nie wymaga dostarczenia żadnych licencji w tym zakresie. A zatem wyłącznie Wykonawca ma posiadać jakieś uprawnienia czy licencje, zaś Zamawiający nie nabędzie żadnych praw autorskich (takich jak licencje, prawa do aktualizacji, itp.). Z kolei zaś obowiązek wynikający z odpowiedzi na Pytania 24 i 25 wpływ wprost na cenę ofert – każdy wykonawca musi ująć w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

21. Co więcej – obecne brzmienie Formularza ofertowego w pkt 4 Formularz cenowy nie przewiduje w ogóle miejsca, aby wykonawcy mogli wpisać koszty, jakie ponieśli w związku z wykupieniem usług i licencji od producenta Omni-Channel Chat Bot. Wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usług Utrzymania płatne jest miesięczne jako iloczyn ceny za 1 Punkt Funkcyjny i wskazanej w Umowie liczby Punktów Funkcyjnych. Na dzień rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania Wykonawca otrzyma wynagrodzenie miesięczne w wysokości odpowiadającej iloczynowi 101,71 Punktów Funkcyjnych (tj. wynikająca z Załącznika 5 minimalna wartość 12 713,8 CFP pomnożona przez współczynnik 9,60% wynagrodzenia rocznego i podzielona przez 12 miesięcy) i ceny 1 PF podanej w ofercie. W cenie tej nie jest możliwe ujęcie kosztów nabycia przedmiotowej usługi.

Aby ten koszt został pokryty z wynagrodzenia za Usługi utrzymania, to w ocenie Odwołującego cena Punktu Funkcyjnego musiałby być zwiększona od 20 do 50% jedynie na potrzeby pokrycia kosztów serwisu rozwiązania Omni-Channel Chat Bot w trybie 24/7– co z kolei podniesie cenę za Modyfikacje oraz Usługi dodatkowe. Przedmiotowa wada SIWZ stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy PZP – wykonawca nie ma bowiem możliwości sporządzenia oferty w sposób racjonalny. Zmuszony jest umieścić w cenie Punktu Funkcyjnego koszty zakupu usług od producenta Omni-Channel Chat Bot. Tymczasem cena Punktu Funkcyjnego wpływa też na cenę płaconą przez Zamawiającego za Modyfikacje. A zatem przez przedmiotowe zmiany SIWZ Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której sam podnosi cenę Modyfikacji. Stanowi to naruszenie 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.

Wobec powyższego wnosimy o nakazanie Zamawiającemu:

1. ustalenie w SIWZ jednolitych zasad dla Oprogramowania Standardowego – tj. usunięcia z SIWZ konieczności zapewnienia wsparcia serwisowego dla Oprogramowania Standardowego w zakresie Silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot);

   ewentualnie

2. W przypadku uznania przez Zamawiającego, że istnieją uzasadnione przyczyny traktowania Silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot) w sposób inny niż reszta Oprgoramowania Standardowego:

   a. Podania w SIWZ uzasadnienia dla takich odmiennych wymogów dla 1 rodzaju Oprogramowania Standardowego;

   b. Dodania do SIWZ w przedmiocie zamówienia dostawy odpowiednich licencji/subskrypcji/ usług – z wyraźnym wskazaniem żądanego przez Zamawiającego poziomu. Tylko takie wyraźne określenie spowoduje, że wszyscy wykonawcy zakupią tę samą usługę, co umożliwi dokonanie porównania złożonych ofert;

   c. Dodania do Umowy odpowiednich zapisów w zakresie terminów dostawy oraz terminów płatności wynagrodzenia za w/w dostawę;

   d. Dodania do Formularza cenowego odpowiedniej pozycji „dostawa Silnika wirtualnego doradcy – Stanusch Technologies (obecnie Omni-Channel Chat Bot).

Podpis:

Adam Przemysław Kleniewski

Elektronicznie podpisany przez Adam Przemysław Kleniewski
Data: 2020.08.03 08:59:50 +02'00'

Adam Kleniewski
Pełnomocnik Asseco Poland S.A.

<u>Załączniki:</u>

1. *Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,*
2. *Pełnomocnictwo,*
3. *Właściwy rejestr z którego wynika zasada reprezentacji (odpis z KRS),*
4. *Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.*