

Warszawa, 31 grudnia 2018 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Faks: 22 458 78 00

e-mail: odwolania@uzp.gov.pl / ePUAP

Zamawiający:

Centrum Informatyki Resortu Finansów

Ul. Samorządowa 1

26-601 Radom

e-mail: e PUAP:/CPDMFRadom

Odwołujący:

Konsorcjum wykonawców

Integrated Solutions Sp. z o.o. (lider)

Ul. Marcina Kasprzaka 18/20

01-211 Warszawa

Advatech Sp. z o.o. (członek konsorcjum)

Ul. Klecińska 123

54-413 Wrocław

Faks: 22 556 32 39

e-mail: MDemski@i-s.com.pl

Numer ogłoszenia w TED: 2018/S 215-492187

ODWOŁANIE

W postępowaniu prowadzonym przez Centrum Informatyki Resortu Finansów na „Zakup usługi Asysty Technicznej i Konserwacji (ATiK) oraz Rozszerzonej Asysty Technicznej, zmiana modelu licencjonowania na „Unlimited License Agreement” oraz dostawa nowych licencji Oracle lub równoważnych”. Znak sprawy PN/41/18VAD.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych nr 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 dn. 27 grudnia 2018 r.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wnoszę odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności, do których był on zobowiązany na podstawie ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w trybie

przetargu nieograniczonego na „Zakup usługi Asysty Technicznej i Konserwacji (ATiK) oraz Rozszerzonej Asysty Technicznej, zmiana modelu licencjonowania na „Unlimited License Agreement” oraz dostawa nowych licencji Oracle lub równoważnych”.

Odwołujący jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie na skutek zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany na podstawie ustawy, może ponieść szkodę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jednocześnie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Comarch S.A. (dalej „Comarch”), którą powinien był odrzucić jako niezgodną z ustawą, jako ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a także z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że Zamawiający dokona czynności, do której był zobowiązany i odrzuci ofertę wykonawcy Comarch, co umożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 89 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 Pzp i art. 387 § 1 KC – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch jako niezgodnej z ustawą:
 - a) ze względu na to, że uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na to, że treść oferty w zakresie terminu konwersji tworzy po stronie wykonawcy Comarch świadczenie niemożliwe ponieważ zaoferowany termin konwersji i dostawy oprogramowania jest krótszy niż czas potrzebny dla producenta oprogramowania na modyfikację i dostarczenie licencji niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia;
 - b) z uwagi na to, że uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na to, że treść oferty w zakresie czasu reakcji na zgłoszenia o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) tworzy po stronie wykonawcy Comarch świadczenie niemożliwe ponieważ jest zaoferowany czas jest krótszy niż minimalny niezbędny dla podjęcia przez producenta oprogramowania działań niezbędnych do obsługi zgłoszenia zgodnie z wymaganiami siwz;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na:
 - a) zaoferowanie terminu konwersji i dostawy oprogramowania, krótszych niż niezbędne dla producenta oprogramowania do podjęcia działań koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, jedynie w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryterium oceny ofert;
 - b) zaoferowanie niemożliwych do dochowania czasu reakcji na zgłoszenia o najwyższym poziomie ważności, krótszych niż niezbędne dla producenta oprogramowania do podjęcia działań koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, jedynie w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryterium oceny ofert;

3. Art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczących:
 - a) nierealnego terminu konwersji i dostawy Oprogramowania, które miały wpływ na przyznanie wyższej oceny punktowej dla oferty wykonawcy Comarch i w konsekwencji na wynik postępowania;
 - b) nierealnego czasu reakcji na zgłoszenia o najwyższym priorytecie, które miały wpływ na przyznanie wyższej oceny punktowej dla oferty wykonawcy Comarch i w konsekwencji na wynik postępowania;
4. Art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał wykonania usług potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
5. Art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch, który podlegał wykluczeniu z udziału z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących wiedzy i doświadczenia.
6. Art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo, że po odrzuceniu oferty Comarch i wykluczeniu tego wykonawcy – byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania z uwagi na przedstawienie w ofercie przez wykonawcę Comarch informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących wiedzy i doświadczenia;
3. Odrzucenia oferty wykonawcy Comarch jako niezgodnej z ustawą z uwagi na to, że oferta uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jako złożonej przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. Dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo Odwołujący wnosi o powołanie biegłego z zakresu informatyki oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności opisane w uzasadnieniu przedmiotowego odwołania.

Odwołujący dowiedział się o zaniechaniach Zamawiającego stanowiących podstawę do wniesienia odwołania dn. 21 grudnia 2018 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy należy uznać za zachowany.

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dn. 31 grudnia 2018 r., zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usługi Asysty Technicznej i Konserwacji (ATIK) oraz Rozszerzonej Asysty Technicznej, zmiana modelu licencjonowania na „Unlimited License Agreement” oraz dostawa nowych licencji Oracle lub równoważnych” (dalej „Postępowanie”). Dnia 21 grudnia 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę wykonawcy Comarch, która była niezgodna z ustawą, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, oraz która zawierała informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a także została złożona przez wykonawcę, który powinien być zostać wykluczony z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

1. Zarzut nr 1) pkt a) i b) Oferta niezgodna z ustawą z uwagi na to, że nie pozwala na zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego

Jako kryterium oceny oferty, oprócz ceny, Zamawiający określił: 1) Czas reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) oraz 2) Termin konwersji i dostawy Oprogramowania. Wykonawca Comarch wskazał odpowiednio 1 godzinę dla czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie, oraz 10 dni dla terminu konwersji i dostawy oprogramowania. Terminy te są niemożliwe do zachowania, przez co oferta obejmuje świadczenie niemożliwe, tym samym umowa zawarta na podstawie oferty wykonawcy Comarch podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 387 § 1 KC.

Zarzut 1 a)

Brak możliwości dotrzymania terminu konwersji i dostawy Oprogramowania wynika z tego, że stosowne zmiany w zasadach licencjonowania, a także udzielenie odpowiednich licencji, niezależnie od sposobu ich dystrybucji, w pierwszej kolejności musi zostać dokonane przez producenta oprogramowania firmę Oracle. Aby wykonać wszystkie czynności niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia producent oprogramowania potrzebuje 14 dni. Niezależnie od tego, jak szybko wykonawca Comarch wykona czynności leżące po jego stronie, nie może pominąć udziału producenta

oprogramowania. Skoro zatem producent nie jest w stanie wykonać konwersji licencji i dostarczenia nowych w terminie 10 dni, to w konsekwencji nie może tego dokonać wykonawca Comarch.

W niniejszej sytuacji ocena możliwości wykonania konwersji oraz dostawy licencji samodzielnie – a tym samym jedynej możliwości skrócenia terminu, który jest niezbędny dla producenta oprogramowania, może wymagać wiadomości specjalnych z zakresu informatyki.

W przypadku uznania przez Izbę, iż ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych z zakresu informatyki, wnoszę o powołanie biegłego z zakresu informatyki, oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego – na okoliczność czy w przedmiotowym postępowaniu:

- istnieje możliwość wykonania konwersji i dostawy licencji samodzielnie przez Odwołującego,
- konwersja i dostawa licencji musi być wykonywana przez Oracle z uwagi na stopień skomplikowania czynności i konieczność posiadania informacji stanowiących tajemnice handlowe firmy Oracle.

Zarzut 1 b)

Brak możliwości dotrzymania czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1), wynika stąd, że dla obsługi zgłoszeń niezbędny jest udział producenta oprogramowania firmy Oracle, bez udziału Oracle nie jest możliwa reakcja na zgłoszenie zgodna z wymaganiami określonymi w siwz. Firma Oracle potrzebuje jednak 2 godzin dla reakcji na zgłoszenie o najwyższym poziomie ważności. Skoro zatem udział Oracle jest niezbędny dla wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, wykonawca Comarch nie może dotrzymać czasu reakcji na zgłoszenie o najwyższym poziomie ważności z uwagi na to, że niezależnie od podejmowanych przez niego czynności, konieczny jest wykonanie działań przez producenta, które wymagają minimum 2 godzin.

Mając na względzie powyższe, z uwagi na to, że wykonawca Comarch zaoferował czas reakcji na zgłoszenia o najwyższym poziomie, oraz termin konwersji i dostawy oprogramowania krótsze niż terminy niezbędne dla producenta oprogramowania na wykonanie koniecznych działań dla realizacji przedmiotu zamówienia, a wymagania Zamawiającego wskazują, że żąda on udziału producenta w realizacji zamówienia, należy stwierdzić, że oferta wykonawcy Comarch obejmuje świadczenie niemożliwe, przez co nie pozwala na zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

2. Zarzut nr 2 a) i b) Oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Wykonawca Comarch jak była o tym mowa w pkt. 1 powyżej zaoferował niemożliwe do dochowania terminy czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) oraz konwersji i dostawy Oprogramowania. Takie działanie wykonawcy Comarch należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na tym, że zaoferował on warunki realizacji niemożliwe do dotrzymania, jedynie w celu uzyskania najwyższej punktacji w kryterium oceny ofert. Jako profesjonalista działający

od wielu lat na rynku, jako podmiot, który otrzymał ofertę na usługi i produkty od producenta oprogramowania Oracle dla przedmiotowego postępowania, określając warunki na jakich te usługi i produkty mogą być świadczone i dostarczone, wykonawca ten nie mógł nie wiedzieć, że oferuje czas reakcji oraz termin konwersji i dostawy Oprogramowania krótsze niż oferowane przez producenta. Jednocześnie oferując czas reakcji i termin konwersji i dostawy, których i tak nie zamierzał (bo nie mógł) dotrzymać wykonawca Comarch uzyskał przewagę punktową nad pozostałymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, zważywszy, że wykonawca Comarch zaoferował nierealistyczne warunki wykonania zamówienia, jedynie w celu uzyskania wyższej punktacji, należy uznać złożoną przez tego wykonawcę ofertę za czyn nieuczciwej konkurencji i z tego względu za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp. Mając na względzie powyższe wnoszę jak na wstępie.

3. Zarzut nr 3 a) i b) Przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

Jak była o tym mowa powyżej w pkt. 1 wykonawca Comarch podał w ofercie informacje dotyczące czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) oraz konwersji i dostawy Oprogramowania niezgodne z rzeczywistością. Podanie w ofercie informacji dotyczących kryteriów oceny ofert należy uznać za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oświadczenie w zakresie czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) oraz konwersji i dostawy Oprogramowania dotyczyło kryteriów oceny ofert, miało tym samym bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie podanie niemożliwych do dotrzymania czasów reakcji i terminów wprowadziło w błąd Zamawiającego i spowodowało przyznanie przez Zamawiającego maksymalnej punktacji w tych kryteriach ofercie wykonawcy Comarch.

Mając na względzie powyższe zważywszy, że wskazane czasy reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności oraz termin konwersji i dostawy Oprogramowania były niemożliwe do dotrzymania należy stwierdzić, że wprowadzały one w błąd Zamawiającego, a z uwagi na to, że dotyczyły kryteriów oceny ofert należy stwierdzić, że miały bezpośredni wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcę Comarch należy uznać za podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp z uwagi na podanie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszę jak na wstępie.

4. Zarzut nr 4 Zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

W ocenie Odwołującego wykonawca Comarch nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej dotyczącej wiedzy i doświadczenia w zakresie usługi dostawy oprogramowania w formule licencjonowania na nieograniczone użytkowanie o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł brutto, o której mowa w Roz. XVII ust. 2 pkt 4) lit. b) siwz. Podane przez wykonawcę Comarch doświadczenie jest niewystarczające do potwierdzenia spełniania tego warunku. Tym samym należy uznać, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy.

Mając na względzie powyższe, zważywszy, że wykonawca Comarch nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia, należy uznać, że podlegał on wykluczeniu. Mając na względzie powyższe wnoszę jak na wstępie.

5. Zarzut nr 5 Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu

Zważywszy, że wykonawca Comarch podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na podanie przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia, należy stwierdzić, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp, jako oferta złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Wobec powyższego, wnoszę jak na wstępie.

6. Zarzut nr 6 zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, jest konsekwencją zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch i odrzucenia jego oferty. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, które nie podlega odrzuceniu i zamawiający poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego – naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Załączniki:

1. Odpis z KRS;
2. Pełnomocnictwo;
3. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania do Zamawiającego;
5. Kopia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.