

miejsowość: Wrocław , 2021-12-03

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

Odwołanie

Odwołujący :

imię:

nazwisko:

lub

nazwa firmy: GISPartner sp. z o.o.
miejsowość: Wrocław

kod pocztowy: 51-162

ulica: Długosza

numer: 60

lokal:

kraj: Polska

telefon: 071 322 13 09

fax: 071 322 13 29

email: info@gispartner.pl
imię: Bartosz

Przedstawiciel ustawowy/pelnomocnik:

nazwisko: Skowroński
miejsowość: Wrocław

kod pocztowy: 53-015

ulica: Al. Karkonoska

numer: 10

lokal: 106

kraj: Polska

telefon: 691062145

fax:

Zamawiający: email: bartosz.skowronski@adwokatura.pl
nazwa: Skarb Państwa – Urząd Komunikacji
Elektronicznej (UKE)
miejsowość: Warszawa

kod pocztowy: 01-211

ulica: Giełdowa

numer: 7/9

kraj: Polska

telefon: 22 53 49 233

fax:

email: zamowienia.publiczne@uke.gov.pl

Określenie przedmiotu zamówienia: Przetarg nieograniczony o wartości powyżej progu unijnego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) p.n. Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju – sprawa BA.WZP.26.46.2021.

Numer ogłoszenia, jeżeli zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych:

rok: Nr pozycji:

Numer ogłoszenia, jeżeli zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

Numer: 2021/S 227-597886

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy: Działając w imieniu GISPartner Sp. z o.o. (dalej w skrócie „Wykonawca” lub „Odwołujący”), oparciu o przepisy art. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej w skrócie „n.p.z.p.”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE) o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju” – sprawa BA.WZP.26.46.2021, numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2021/S 227-597886, to jest w szczególności od: 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to ust. 3 pkt 3.4 oraz ust. 26 pkt 26.2 ppkt 26.2.1-26.2.7 i 26.2.12 w związku z punktem 26.3 Załącznika nr 10 do SWZ Wzór Umowy, zgodnie z którymi: a) Zamawiający założył, że zakres zobowiązań Wykonawcy i specyfikacja Systemu mogą ulec zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeńiową, przy jednoczesnym nałożeniu na Wykonawcę zobowiązania do wykazania Zamawiającemu, że zmiany zakresu ww. zobowiązań przyjęte w Analizie Przedwdrożeńiowej, są niezbędne i nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania Oferty oraz do przedstawienia ich uzasadnionej i rzetelnej wyceny, przyjmując jednocześnie, że zmiany te nie mogą wpływać na wysokość Wynagrodzenia, co oznacza że Wykonawca zrealizuje powyższe zmiany w ramach Wynagrodzenia przyjętego w dniu podpisania Umowy; b) Zamawiający zgodnie z pkt 26.3 Wzoru Umowy określił, że jedynie zmiana przewidziana w podpunktach 26.2.8-26.2.11 może skutkować zwiększeniem wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy wskazując jednocześnie wprost, że pozostałe zmiany nie mogą w żadnym przypadku stanowić podstawy do zwiększenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy, podczas gdy te przesłanki to między innymi zmiana warunków technicznych, czy wzrost ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy (ppkt 26.2.12.); 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to ust. 10 pkt 10.1 i 10.2 Wzoru umowy w związku z ust. 9 Opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający narzuca wykonawcom wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania Open Source, bez możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej; 3) specyfikacji warunków zamówienia, a to ust. 12 pkt 12.9-12.11 Wzoru Umowy, w których Zamawiający przewidział możliwość narzucenia Wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez bieglego powołanego przez Zamawiającego.

Zwięzłe przedstawienie zarzutów: Zarzucam naruszenie przez Zamawiającego: 1) art. 99 ust. 1 n.p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przez to uniemożliwiający wykonawcom należyte skalkulowanie ceny oferty; 2) art. 16 pkt 1-3 n.p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez dopuszczenia realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego licencjonowanego przez producentów tego oprogramowania na zasadach innych niż oprogramowanie Open Source, narzucając wykonawcom wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania Open Source, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający równe traktowanie wykonawców; 3) art. 99 ust. 1 n.p.z.p. oraz art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 n.p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie: a) Prawa Opcji/Usług Rozwoju, przewidując możliwość narzucenia Wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego, czyli przy ograniczeniu swobody Wykonawcy co do wyceny przedmiotu zamówienia, czyli w sposób wyłączający możliwość ułożenia przez Wykonawcę stosunku prawnego według uznania Wykonawcy, w tym w szczególności w zakresie essentialia negotii Prawa Opcji/Usług Rozwoju, czyli określenia pracochłonności, a co za tym idzie wynagrodzenia Wykonawcy i terminu realizacji zamówienia; b) braku możliwości podwyższenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy w przypadkach opisanych w punktach 26.2.1-26.2.7 i 26.1.12; 4) art. 439 n.p.z.p. poprzez niewprowadzenie do Wzoru Umowy w przedmiotowym postępowaniu, obejmującym usługi, zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, wobec wprowadzenia postanowienia ust. 26 pkt 26.3 Wzoru Umowy, który przewiduje że zmiany przewidziane w pkt 26.2 (z wyjątkiem ppkt 26.2.8-26.2.11) w żadnym przypadku nie mogą stanowić podstawy do zwiększenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy, co stoi wprost w sprzeczności z w/w przepisem art. 439 n.p.z.p.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania: Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia poprzez doprowadzenie ich postanowień do zgodności z ustawą, w tym poprzez: 1) usunięcie w ust. 3 pkt 3.4 Wzoru umowy, względnie takiej jego zmiany, która dopuści zmianę wysokości Wynagrodzenia w sytuacji, gdy zakres zobowiązań Wykonawcy i specyfikacja Systemu ulegną zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeńiową, jeśli zmiany przyjęte w Analizie Przedwdrożeńiowej, które są niezbędne i które nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania Oferty, uzasadnić będą podwyższenie Wynagrodzenia; 2) modyfikację Wzoru Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób dopuszczający wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego (tzw. COTS) licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej, w tym w szczególności poprzez modyfikację ust. 10 Wzoru Umowy i ust. 9 Opisu Przedmiotu Zamówienia, w sposób dopuszczający realizację przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej 3) usunięcie w ust. 12 pkt 12.9-12.11 Wzoru umowy; 4) modyfikację postanowień Wzoru Umowy poprzez wykreślenie w ust. 26 pkt 26.3 Wzoru umowy zdania „Zmiany nie mogą w żadnym przypadku stanowić podstawy do zwiększenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem Artykułu 26.2.8, 26.2.9, 26.2.10 i 26.2.11.”, przy wprowadzeniu postanowienia Umowy, zgodnie z którym zmiany Umowy będą mogły skutkować zwiększeniem wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy, w szczególności w okolicznościach przewidzianych w podpunkcie 26.2.12 i 26.1.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie: [Interes Odwołującego]. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest podmiotem uprawnionym i zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Uchybienia Zamawiającego naruszające przepisy ustawy uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy, wynikającą z braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. [Uzasadnienie] [Ust. 3 pkt 3.4 Wzoru umowy] Zamawiający w przygotowanym Wzorze Umowy, w ust. 3 pkt 3.4 Załącznika nr 10 do SWZ Wzór Umowy, założył, że zakres zobowiązań Wykonawcy i specyfikacja Systemu mogą ulec zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeńiową, przy jednoczesnym nałożeniu na Wykonawcę zobowiązania do wykazania Zamawiającemu, że zmiany zakresu ww. zobowiązań przyjęte w Analizie Przedwdrożeńiowej, są niezbędne

i nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania Oferty oraz do przedstawienia ich uzasadnionej i rzetelnej wyceny, przyjmując jednocześnie, że zmiany te nie mogą wpływać na wysokość Wynagrodzenia, co oznacza że Wykonawca zrealizuje powyższe zmiany w ramach Wynagrodzenia przyjętego w dniu podpisania Umowy. Wykonawca kalkulując cenę oferty nie jest w stanie przewidzieć jakie skutki przyniesie przeprowadzenie Analizy Przedwdrożeniowej, przyjęcie jednak przez Zmawiającego z góry, że zakres zobowiązań Wykonawcy i specyfikacja Systemu mogą się zwiększyć/ulec rozszerzeniu bez jednoczesnej zmiany Wynagrodzenia nie pozwala wykonawcom na należyte skalkulowanie ceny oferty. Tym samym uznać należy, że przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego niejednoznacznie i niewyczerpująco, co narusza wskazane na wstępie niniejszego odwołania przepisy. [Zobowiązanie do zastosowania Oprogramowania Open Source] W ust. 10 pkt 10.1 i 10.2 Wzoru umowy w związku z ust. 9 Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający narzuca wykonawcom wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania Open Source, bez możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej. Powyższe w sposób istotny utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców, którzy dysponują odpowiednim doświadczeniem i zasobami w postaci oprogramowania standardowego (tzw. COTS – commercial of-the-shelf), pozwalającego na należyte wykonanie zobowiązań, jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej przewidzianej w Oprogramowaniu Open Source. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w definicjach we Wzorze Umowy przewidział definicję “Standardowego Oprogramowania Systemowego” i “Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego”, jednak w całym Wzorze Umowy i w Opisie Przedmiotu Zamówienia w żaden sposób Zamawiający nie określił możliwości jego wykorzystania, co więcej Zamawiający w ogóle wykluczył możliwość zastosowania oprogramowania standardowego. [Prawo Opcji/Usługi Rozwoju] W specyfikacji warunków zamówienia, a to ust. 12 pkt 12.9-12.11 Wzoru Umowy, Zamawiający przewidział możliwość narzucenia Wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego powołanego przez Zamawiającego, czym Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 n.p.z.p. oraz art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 n.p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie Prawa Opcji/Usług Rozwoju, przewidując możliwość narzucenia Wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego, czyli przy ograniczeniu swobody Wykonawcy co do wyceny przedmiotu zamówienia, czyli w sposób wyłączający możliwość ułożenia przez Wykonawcę stosunku prawnego według uznania Wykonawcy, w tym w szczególności w zakresie essentialia negotii Prawa Opcji/Usług Rozwoju, czyli określenia pracochłonności, a co za tym idzie wynagrodzenia Wykonawcy i terminu realizacji zamówienia. Zaproponowane przez Zamawiającego rozwiązanie nie może być zaakceptowane, albowiem rodzi istotne ryzyko narzucenia Wykonawcy zobowiązania do wykonania części przedmiotu zamówienia w sposób zupełnie oderwany od woli Wykonawcy, a być może nawet w skrajnym przypadku do wykonania zobowiązania niemożliwego do realizacji przez Wykonawcę w określonym przez biegłego terminie, lub w sposób powodujący istotne szkody u Wykonawcy, ze względu na obniżenie liczby godzin niezbędnej do wykonania zamówienia. W ocenie Wykonawcy najlepszy nawet biegły nie zna specyfiki pracy Wykonawcy, dostępnych Wykonawcy zasobów, modelu pracy czy możliwego podejścia do realizacji zamówienia – tym samym wprowadzenie możliwości narzucenia Wykonawcy przez biegłego w/w parametrów świadczeń w zakresie Prawa Opcji/Usług Rozwoju nie może zostać zaakceptowane. [Zmiana postanowień Umowy] Zamawiający zgodnie z pkt 26.3 Wzoru Umowy określił, że jedynie zmiana przewidziana w podpunktach 26.2.8-26.2.11 może skutkować zwiększeniem wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy wskazując jednocześnie wprost, że pozostałe zmiany nie mogą w żadnym przypadku stanowić podstawy do zwiększenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy, podczas gdy te przesłanki to między innymi zmiana warunków technicznych, czy wzrost ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy (ppkt 26.2.12.). Jak się wydaje nieuwzględnienie możliwości zmiany wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy w okolicznościach przewidzianych w ust. 26 ppkt 26.2.12 i 26.10 Wzoru Umowy stanowi błąd, albowiem z jednej strony Zamawiający nie przewiduje możliwości podwyższenia wynagrodzenia (art. 26.3) przewidując możliwość tej zmiany w art. 26.10. *** Wykonawca wskazuje, że Zamawiający prowadził już kilka postępowań dotyczących przedmiotu zamówienia analogicznego, jak w przypadku przedmiotowego postępowania, jednak bez pozytywnego skutku, wskazując w szczególności na: 1) fakt rozwiązania przez Zamawiającego umowy na wykonanie zamówienia zawartej z e-point S.A. w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie rozbudowy systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju” – sprawa BA.WZP.26.15.2020, 2) unieważnienie w maju 2021 r. postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji bez

ogłoszenia pn. „Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju”. Sprawa nr BA.WZP.26.12.2021; 3) unieważnienie w październiku 2021 r. postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. „Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju”. Sprawa nr BA.WZP.26.13.2021. Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego (w szczególności nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia powodujące ryzyko niemożliwe do oszacowania) oraz wyłączenie możliwości zastosowania oprogramowania standardowego, przy jednoczesnej konieczności utrzymania funkcjonalności istniejącego rozwiązania (co de facto też przekłada się na niemożliwe do oszacowania ryzyko) były powodem fiaska poprzednich prób realizacji zamówienia. Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

Do odwołania należy załączyć:

1. Dowód uiszczenia wpisu
2. Pełnomocnictwo, jeżeli odwołanie wnosi pełnomocnik
3. Właściwy rejestr z którego wynika zasada reprezentacji odwołującego
4. Dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu

20211203_gp_uke_pełnomocnictwo_kio_signed.pdf
odpis_aktualny_173717_1638529422440.pdf
20211203_GP_UKE_opłata_skarbowa.pdf
20211203_GP_UKE_wpis_od_odwołania.pdf