

Warszawa, dnia 3 grudnia 2021 roku.

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

Zamawiający:

Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Giętdowa 7/9
01-211 Warszawa

Odwołujący:

e-point Spółka Akcyjna
ul. Filona 16
02-658 Warszawa
KRS: 0000024163
NIP: 521-30-96-914
przetargi@e-point.pl

reprezentowany przez
Małgorzatę Jasińską - Pełnomocnika
mjasinska@e-point.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy: postępowania o udzielenie przez Urząd Komunikacji Elektronicznej 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”, oznaczenie sprawy: BA.WZP.26.46.2021, zwanego dalej „Postępowaniem”

e-point SA (dalej „Odwołujący”) działając na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „Ustawa” lub „PZP” lub „Ustawa PZP”) składa niniejszym **odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu Ogłoszenia oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) z naruszeniem przepisów prawa.** Postanowienia SWZ objęte odwołaniem wskazano szczegółowo poniżej w uzasadnieniu odwołania.

- I. **Wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na niepełnym i nieprawidłowym opisanu przedmiotu zamówienia, które jednocześnie, w nieuzasadniony sposób naruszają zasadę uczciwej konkurencji.**
- II. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:**
 - 1) **99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP,** przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi prowadzenie postępowania naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania

uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości.

III. Mając na względzie powyżej podniesiony zarzut Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez uzupełnienie dokumentacji postępowania poprzez wprowadzenie zapisu umożliwiającego Wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty dostęp i wgląd do kodów źródłowych Systemu PIT i ich technicznej dokumentacji przez okres 5 (pięciu) kolejnych dni roboczych, zorganizowany przez Zamawiającego tak, aby Wykonawcy ci byli w stanie samodzielnie i bez ograniczeń dokonać przeglądu, weryfikacji i analizy tych kodów oraz dokumentacji technicznych na potrzeby oceny wykonalności i oszacowania kosztów realizacji zamówienia, w tym:
 - i. oceny złożoności, trudności oraz ilości pracy, niezbędnej dla dokonania modyfikacji tych kodów,
 - ii. wykrycia i uwzględnienia konieczności eliminacji ewentualnych problemów z modyfikacją tych kodów związanych z:
 - (a) technicznymi charakterystykami narzędzi programistycznych, użytych do stworzenia tych kodów,
 - (b) specyfiką architektury tych kodów i użytych do ich stworzenia metod (stylów) kodowania,
 - (c) ewentualnym istnieniem wad (błędów) tych kodów;
- 3) nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o 10 dni kalendarzowych, liczonych po upływie 5 kolejnych dni roboczych, o których mowa powyżej w pkt. III 2);
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W razie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności, o których mowa we wnioskach wskazanych powyżej.

IV. Kwestie formalne i zachowanie terminu

1. Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 23.11.2021 r., kiedy ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz Zamawiający za pośrednictwem swojej strony internetowej umieścił Specyfikację Warunków Zamówienia.
2. Wartość niniejszego Postępowania przekracza progi unijne.
3. Mając na uwadze powyższe, od dnia 23.11.2021 r. rozpoczyna się bieg 10 - dniowego terminu do złożenia odwołania. Niniejsze odwołanie składane jest zatem w przepisany terminie.
4. Wpis w kwocie 15.000,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (dowód w załączeniu).

5. Kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana jednocześnie Zamawiającemu(dowód w załączeniu).

V. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie, gdyż posiada interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP.

Powyższe Odwołujący uzasadnia okolicznością, iż działania i zaniechania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem mogą uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazuje, iż z uwagi na niezgodne z prawem postanowienia SWZ nie ma możliwości złożenia najkorzystniejszej 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 SWZ, Odwołujący mógłby złożyć najkorzystniejszą ofertę, uzyskać zamówienie – a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego przedmiotowej treści SWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu.

Interes Odwołującego polega też na tym, że obecnie postępowanie obciążone jest istotną wadą, a zatem w przypadku braku zmian SWZ wskazanych w odwołaniu – konieczne będzie unieważnienie postępowania. Takie unieważnienie naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody – Odwołujący zainwestował już bowiem czas i środki na przygotowanie się do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju.

Istotnym z punktu widzenia niniejszego odwołania jest też fakt, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z zarzutami niniejszego odwołania, Zamawiający uchybił przepisom PZP ustanawiając niepodyktowany swoimi uzasadnionymi potrzebami i w sposób naruszający konkurencję opis przedmiotu zamówienia, w sposób niewystarczający do przygotowania konkurencyjnej oferty, a tym samym naruszającym podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, przewidziane w PZP.

Wspomnianymi przepisami są zwłaszcza przepis art. 16 pkt 1 PZP zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Mając na uwadze, że przepis ten reguluje istotne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wszystkie czynności zamawiającego w toku postępowania, w tym związane z jego przygotowaniem, rozpatrywane być muszą przez pryzmat zgodności ze wspomnianą normą.

Przepisami regulującymi szczegółowo zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia są zwłaszcza przepisy art. 99 ust. 1 i 4 PZP, które stanowią odpowiednio, że:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Tożsame przepisy obowiązywały w poprzednim stanie prawnym, a orzecznictwo powstałe na ich gruncie zachowało swoją aktualność, zwłaszcza to, które zakreślało granice uprawnionego działania podmiotów zamawiających w tym zakresie: *„Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ustawy P.z.p., zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań, **co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.** Jednocześnie fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji.* (por. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2017 r. KIO/KD 30/17).

Przypomnieć nadto należy, że w procedurze otwartej (przetarg nieograniczony) Zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienia, wobec czego jedynym źródłem opisu przedmiotu zamówienia powinna być dostępna dla wszystkich wykonawców Specyfikacja, zawierająca opis posiadanej infrastruktury, w tym rozwiązania informatycznego, aby zapewnić równe traktowanie potencjalnych Wykonawców. Jak zostało wskazane w wyroku KIO z dnia 21 lutego 2017 roku (sygn. akt KIO 269/17), *„Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować, nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania oferty”*.

Zamawiający w dokumentacji postępowania nie przewidział umożliwienia wykonawcom wglądu do kodów źródłowych i dokumentacji technicznej obecnego Systemu PIT. Odwołujący podkreśla, iż ocena wykonalności i oszacowania kosztów realizacji zamówienia, o której mowa w powyżej w pkt. III 2), ma fundamentalne znaczenie dla przygotowania przez Wykonawcę rzetelnej i wiarygodnej wyceny. Brak możliwości dokonania takiej oceny zapoznania się z kodami źródłowymi może doprowadzić do sytuacji, że na etapie realizacji zamówienia Wykonawca zmuszony będzie do wprowadzenia dodatkowych modyfikacji kodów, których na etapie składania ofert nie mógł przewidzieć.

Podsumowanie

W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem zasługuje na uwzględnienie.

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W imieniu Odwołującego:

Małgorzata Jasińska - Pełnomocnik

Załączniki:

- 1) odpis z KRS Odwołującego,
- 2) dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15.000,00 zł,
- 3) pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
- 4) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 5) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.