

Warszawa, dnia 21 sierpnia 2017 r.

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

Odwolujący:

Sygnity S.A.
ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa
Tel. 22 290 88 00 Fax. 22 290 88 01
E-mail: zapytania_ofertowe@sygnity.pl

Zamawiający:

Urząd do Spraw Cudzoziemców
ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa
Adres do korespondencji:
Urząd do Spraw Cudzoziemców
ul. Taborowa 33, 02-699 Warszawa
E-mail: zamowienia.publiczne@udsc.gov.pl
Fax: (22) 60 144 53

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 135 000 euro na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na modernizację Systemu Pobyt v.2 i Krajowego Systemu Konsultacyjnego (KSK); znak sprawy: 17/MODERNIZACJA – POBYT I KSK/PN/17, zwanego dalej „Postępowaniem”.

ODWOŁANIE WYKONAWCY

- I. Działając w imieniu Odwołującego na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 poz.2164 z późn. zm. – dalej jako „PZP”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w toku Postępowania w postaci udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień na zadane przez Odwołującego pytania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2017 r. pod numerem 2017/S 123-249642.
- III. W dniu 9 sierpnia 2017 r. Zamawiający dokonał czynności przedstawienia wyjaśnień w związku z zadanymi przez Odwołującego pytaniami do treści SIWZ.
- Przedmiotowe odwołanie dotyczy tej czynności Zamawiającego, ponieważ w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108 - zostały uprzednio wprowadzone przez Zamawiającego zapisy, następnie niezmienione w wyniku zadanych pytań do treści SIWZ, uniemożliwiające dokonanie właściwej wyceny oferty przez Wykonawcę, tj.: *„Wykonawca dostosuje System Pobyt v.2 oraz Krajowy System Konsultacyjny do nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu. Zamawiający wskaże specyfikację dla nowej infrastruktury, jak tylko będzie ona znana.”*
- IV. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 PZP i art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP, poprzez wprowadzenie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ w sposób niejasny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, mogący powodować preferowanie niektórych wykonawców w Postępowaniu oraz utrudniający uczciwą konkurencję tj.:
 - a. w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108 - poprzez niezdefiniowanie i nieujawnienie w SIWZ specyfikacji dla nowej infrastruktury teleinformatycznej Zamawiającego, w szczególności brak specyfikacji oprogramowania narzędziowego, np. serwer bazy danych, serwer aplikacji, serwer http, serwer usług katalogowych, szyna integracyjna, serwer UDDI itd. i odesłanie w tym zakresie do określenia specyfikacji dla nowej infrastruktury teleinformatycznej, sporządzanej dopiero w ramach odrębnego (przyszłego) postępowania, jako część oferty składanej przez wykonawców, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie wyceny oferty w ten sposób, że uniemożliwia oszacowanie kosztu realizacji tej części przedmiotu zamówienia.
- V. Odwołujący wnosi o:
1. uwzględnienie odwołania;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ poprzez:

- a. w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108 – wskazanie w SIWZ wymaganej przez Zamawiającego dokładnej specyfikacji dla nowej infrastruktury teleinformatycznej Zamawiającego, w szczególności poprzez wskazanie specyfikacji oprogramowania narzędziowego, np. serwer bazy danych, serwer aplikacji, serwer http, serwer usług katalogowych, szyna integracyjna, serwer UDDI itd., jakiego Zamawiający oczekuje w Postępowaniu,
- b. ewentualnie o usunięciu z przedmiotu Postępowania części zamówienia określonej w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108;

3. orzeczenie w przedmiocie zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

VI. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w Odwołaniu (art. 186 ust. 2 PZP), Odwołujący wnosi o dokonanie przez Zamawiającego czynności zgodnie ze wskazanym powyżej Żądaniem Odwołania,

VII. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania. Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku IT i w przypadku prawidłowej treści SIWZ i otrzymaniu merytorycznej odpowiedzi na zadanie pytania do treści SIWZ, Odwołujący zamierza złożyć swoją ofertę w Postępowaniu oraz liczy na jej uczciwą ocenę. W przedmiotowym Postępowaniu Odwołujący nie może jednak określić ceny brutto zadania wskazanego w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108 - ponieważ OPZ (wraz z udzielonymi odpowiedziami) jest sformułowany w sposób budzący wątpliwości, a co za tym idzie Odwołujący nie jest w stanie oszacować łącznej ceny oferty brutto dla przedmiotowego zamówienia, z uwagi na nieprecyzyjnie określony opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108.

Obecny sposób opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, zawarty w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 Zmiana pod nr 108 - utrudnia uczciwą konkurencję, a Zamawiający poprzez naruszenie przepisów PZP naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody (art. 179 ust. 1 PZP). Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt. 11 PZP. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej, Odwołujący może nie uzyskać do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Niezależnie od tego, w interesie Wykonawcy, jak i Zamawiającego, jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z przepisami prawa, gdyż w przeciwnym razie Zamawiający naraża się na możliwość unieważnienia postępowania, a także ewentualnie zawartej w wyniku tego postępowania umowy.

W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego: „*W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia*” (wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1557/11).

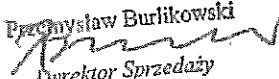
- VIII. Formalne przesłanki wniesienia Odwołania. Z uwagi na przekazanie Wykonawcy wyjaśnień przez Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2017 r., termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP, został dotrzymany. Kopia Odwołania została przed upływem ww. terminu przekazana do Zamawiającego (dowód doręczenia w załączeniu do Odwołania).

UZASADNIENIE

W wyniku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację Systemu Pobyt v.2 i Krajowego Systemu Konsultacyjnego (KSK) w dniu 9 sierpnia 2017 r. Zamawiający dokonał udzielenia wyjaśnień na zadane przez Wykonawcę pytania do treści SIWZ.

W załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108 - zostały wprowadzone przez Zamawiającego następujące zapisy: „*Wykonawca dostosuje System Pobyt v.2 oraz Krajowy System Konsultacyjny do nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu. Zamawiający wskaże specyfikację dla nowej infrastruktury, jak tylko będzie ona znana.*”

Z uwagi na powyższe, Wykonawca, w zadanych pytaniach do treści SIWZ wskazał, że brak specyfikacji dla nowej infrastruktury, w szczególności brak specyfikacji oprogramowania narzędziowego, jak np. serwer bazy danych, serwer aplikacji, serwer http, serwer usług katalogowych, szyna integracyjna, serwer UDDI itd., realnie uniemożliwia Wykonawcy przygotowanie prawidłowej wyceny wskazanego wymagania, wobec czego poprosił Zamawiającego o przekazanie ww. informacji.

Przemysław Burlikowski

Dyrektor Sprzedaży

W odpowiedzi na tak zadane pytanie Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający wyjaśnia, że specyfikacja dla nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu, o której mowa w poz. nr 108 Załącznika nr 1 do OPZ, zostanie sporządzona w odrębnym postępowaniu, jako część oferty składanej przez wykonawców. Zamawiający przewiduje, że obowiązująca specyfikacja będzie dostępna do końca 2017 r. Jednocześnie Zamawiający zobowiązuje się udostępnić specyfikację Wykonawcy realizującemu umowę zawartą w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania niezwłocznie po jej opracowaniu.”

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 PZP: „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) tryb udzielenia zamówienia;
- 3) opis przedmiotu zamówienia;
- 4) termin wykonania zamówienia;
- 5) warunki udziału w postępowaniu; (...)

Przedmiot zamówienia opisuje się natomiast w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wynika to wprost z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy PZP. Ustawa PZP wprost wskazuje, że opisu nie można dokonywać w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 PZP).

Tymczasem w załączniku nr 1 do OPZ – Lista zmian w Systemie Pobyt v.2 zmiana pod nr 108 - Zamawiający w sposób nieprecyzyjny wprowadza opis przedmiotu zamówienia wskazując, że „Wykonawca dostosuje System Pobyt v.2 oraz Krajowy System Konsultacyjny do nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu. Zamawiający wskaże specyfikację dla nowej infrastruktury, jak tylko będzie ona znana.” Co więcej, na zadane przez Wykonawcę pytanie dotyczące ww. treści SIWZ Zamawiający udziela wyjaśnienia, w którym Zamawiający wskazuje, że przedmiotowa specyfikacja dla nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu, o której mowa w załączniku nr 1 do OPZ w poz. nr 108 nie jest Zamawiającemu znana i zostanie dopiero sporządzona w ramach odrębnego postępowania, jako część oferty składanej przez wykonawców.

Zdaniem Odwołującego brak dostatecznie szczegółowego określenia przez Zamawiającego, a w zasadzie brak jakiegokolwiek określenia tej części przedmiotu zamówienia, tj. specyfikacji dla nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu, uniemożliwia prawidłowe wymiarowanie oczekiwanego przedmiotu zamówienia publicznego i jego wyceny w ofercie przez Wykonawcę.

Zamawiający w przedmiotowym Postępowaniu oczekuje od Wykonawcy dostosowania Systemu Pobyt v.2 oraz Krajowego Systemu Konsultacyjnego do nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu bez wyraźnego zdefiniowania, bądź też umożliwienia Wykonawcy zdefiniowania jaki rzeczywisty wymiar mają mieć przedmiotowe prace. Innymi słowy Zamawiający oczekuje wyceny prac (przedstawienia oferty) na realizację prac i dostaw na podstawie niepełnych danych. Doszczegółowienie zakresu przedmiotu zamówienia ma nastąpić dopiero po zakończeniu przedmiotowego Postępowania i po udzieleniu zamówienia publicznego, na etapie przygotowywanie kolejnego (przyszłego) postępowania publicznego. Zamawiający nie określił celu, zakresu oraz przynajmniej ramowych wymagań dotyczących przebudowy infrastruktury teleinformatycznej Urzędu.

Jednocześnie Zamawiający uzależnia toczące się postępowanie od wyników innego, planowanego w przyszłości postępowania. Zamawiający nie podaje żadnych szczegółów i wymagań dotyczących planowanego postępowania, oczekuje przy tym określenia jego wpływu oraz podania wyceny prac z nim związanych w ramach przedmiotowego Postępowania.

W związku z powyższym, Wykonawca nie jest w stanie określić pracochłonności zmian, czasu trwania prac, liczby i specjalizacji pracowników potrzebnych do wykonania zadania po stronie Wykonawcy (architekci, programiści, testerzy, analitycy, projektanci itp.). Wykonawca nie jest również w stanie określić, czy i jakim zakresie planowane zmiany w infrastrukturze teleinformatycznej Urzędu pociągną za sobą konieczności przebudowy Systemu Pobyt v.2 oraz Krajowego Systemu Konsultacyjnego, a także, czy w związku z tym nie pojawi się konieczność zakupu dodatkowego sprzętu i/lub oprogramowania narzędziowego niezbędnego do prawidłowego funkcjonowania Systemu Pobyt v.2 i Krajowego Systemu Konsultacyjnego.

Zamawiający w żadnym miejscu nie definiuje ponadto maksymalnego zakresu „niedookreślonych” lub „niezdefiniowanych” prac, które mają być zidentyfikowane dopiero podczas realizacji umowy, a po sporządzeniu specyfikacji w ramach przyszłego, odrębnego postępowania.

Tym samym, prawidłowe wymiarowanie przedmiotu zamówienia, zarówno w kontekście pracy, dostaw, jak i wymiaru finansowego staje się niemożliwe.

Odwołujący wskazuje również, że Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne w ramach niniejszego Postępowania, nie będzie miał wpływu na określenie wymagań technicznych i specyfikacji w planowanym (przyszłym) postępowaniu publicznym dotyczącym nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu, co może doprowadzić do sytuacji, w której założenia przyjęte na etapie wyceny oferty Wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie będą odpowiadały rzeczywistości, tj. wycena Wykonawcy może nie odpowiadać czasochłonności i pracochłonności zadań, które Wykonawca będzie musiał wykonać zgodnie z pozycją nr 108 Załącznika nr 1 do OPZ po wybraniu przez Zamawiającego nowej infrastruktury teleinformatycznej Urzędu.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sytuacji, dokumentacja przetargowa SIWZ narusza przepisy Prawa Zamówień Publicznych i uniemożliwia prawidłowe zwymiarowanie przedmiotu zamówienia, tym samym złożenie rozsądnej i profesjonalnej oferty i winna zostać poprawiona przez Zamawiającego w taki sposób, aby złożenie oferty było możliwe na zasadach równej konkurencji.

Powyższe stanowisko potwierdza w pełni ugruntowane orzecznictwo sądów powszechnych i KIO:

- ✓ wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt VIII Ga 80/09):
Opis przedmiotu zamówienia umieszczony w siwz powinien wskazywać wykonawcy wszystkie warunki i przedmiot jego przyszłego świadczenia, gdyż od niego będzie zależeć w pierwszym rzędzie decyzja wykonawcy o złożeniu oferty, a następnie kalkulacja cenowa.
- ✓ uchwała KIO z dnia 17 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO/KD 41/16:
 1. Dla uznania niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z zasadą wynikającą z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji.
 2. Zakaz wyrażony w art. 29 ust. 2 p.z.p. koreluje w sposób nierozdzielny z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Złamanie zakazu z art. 29 ust. 2 p.z.p. musi więc prowadzić jednocześnie do naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p.
- ✓ uchwała KIO z dnia 13 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 30/16:
 1. 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 rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

2. Opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać z najwyższą starannością. Zamawiający decydując się na wyartykułowanie określonych cech zamawianych dóbr winien po pierwsze, znajdować uzasadnienie dla ich określenia w konkretnym kształcie, po drugie, Zamawiający winien mieć pewność, że prowadzone postępowanie nie zaburza konkurencji na rynku. Nie chodzi bowiem jedynie o pozorne zagwarantowanie realizacji zasady uczciwej konkurencji.

- ✓ Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 302/12:
Opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie informacje mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (podobnie również wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 318/12).
- ✓ Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 550/12:
Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozostawia wykonawcom pola do domysłów i interpretacji, a co za tym idzie, umożliwia prawidłowe sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący. Tym samym nie może pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też dowolności interpretacji wykonawców składających oferty w postępowaniu.
- ✓ Wyrok KIO z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO 1832/10:
Tak więc, opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty stanowi obowiązek Zamawiającego i jest koniecznością dla poprawnego przeprowadzenia postępowania. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowywana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy PZP, należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Odwołujący wnosi jak w petitum niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) - kopia dowodu wniesienia wpisu stanowi załącznik do niniejszego Odwołania.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 PZP kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu.

Za Odwołującego

Przemysław Burlikowski
[Podpis]
Dyrektor Sprzedaży

(podpis osoby upoważnionej)

Załączniki:

- 1) aktualny odpis z KRS – Sygnity S.A.
- 2) pełnomocnictwo do wniesienia Odwołania,
- 3) potwierdzenie wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 4) potwierdzenie wniesienia wpisu od Odwołania,
- 5) potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

