

Kraków, dnia 16 maja 2019 r.

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

Odwołujący: **CA Consulting S.A.**
al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa
tel. (0)734-131-021
e-mail: piotr.skubiszewski@caconsulting.pl
mariusz.urbanowicz@caconsulting.pl
marta.zalewska@caconsulting.pl

Zamawiający: **Biblioteka Narodowa**
Al. Niepodległości 213
02-086 Warszawa
tel.: 22 608 29 99
e-mail: przetargi@bn.org.pl

Dotyczy: Postępowania mającego na celu Zawarcie Umowy ramowej na Świadczenie usług polegających na dostarczeniu specjalistów do realizacji zadań określonych przez Zamawiającego w ramach planowanych i obecnie prowadzonych projektów IT (znak: **XIV.263.4.2019**), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 03 maja 2019 r. pod numerem: 2019/S 086-206527.

ODWOŁANIE

Wykonawca CA Consulting S.A. (dalej „Odwołujący” lub „CA Consulting”), działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp, niniejszym:

I. wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:

- a. **ustaleniu treści dokumentacji postępowania prowadzonego w celu zawarcia Umowy ramowej, w tym SIWZ i wzoru umowy wykonawczej w sposób niezgodny z przepisami Pzp.**
– poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców w **cz. I i III umowy ramowej** w wyniku wprowadzenia zasady odrzucenia ofert wykonawczych Comarch Polska S.A. (oraz

wykonawców z nim powiązanych, w tym Odwołujący) z uwagi na samą tylko tożsamość podmiotową wykonawcy, jak również poprzez kreowanie nieznanych i nieistniejących w Ustawie Pzp. podstaw odrzucenia ofert w tych częściach zamówienia, co powoduje, że umowa ramowa została przez Zamawiającego wykorzystana do ograniczenia konkurencji, a co tym samym

- stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 100 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 99 Ustawy Pzp.
- b. skróceniu terminu składania ofert w oparciu o przesłankę tzw. „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia”, co prowadzi do naruszenia konkurencji i skraca terminy na zadawanie pytań do treści SIWZ, a w szczególności nie pozwala na rzetelne przygotowanie się Wykonawców do złożenia oferty, a co tym samym
- stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. oraz art. 43 ust. 2 w zw. z art. 43 ust. 2b pkt 2), w zw. z art. 99 Ustawy.

II. stawiając powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu Odwołania.

III. wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- a. dokumentacji postępowania mającego na celu zawarcie Umowy ramowej na Świadczenie usług polegających na dostarczeniu specjalistów do realizacji zadań określonych przez Zamawiającego w ramach planowanych i obecnie prowadzonych projektów IT
- b. dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenie nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów Polona.pl i e-ISBN - Numer referencyjny: XIV/264/12/18

- na okoliczności wskazane w treści Odwołania.

INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ posiada potencjał w tym zespół kompetentnych osób, pozwalający na zawarcie umowy ramowej w celu realizacji zamówień wykonawczych i jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotu zamówienia i zawarciem umowy ramowej, lecz na skutek niezgodnych z Pzp. czynności Zamawiającego opisanych w Odwołaniu, może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a tym samym braku możliwości składania ofert w postępowaniach wykonawczych.

DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I PRZESŁANIE KOPII ZAMAWIAJĄCEMU

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w DUUE w dniu 29 kwietnia 2019 r. Następnie w dniu 03 maja 2019 r. ogłoszenie zostało opublikowane w DUUE, pod sygnaturą: 2019/S 086-206527.

Z kolei, dopiero w dniu 06 maja 2019 r. Zamawiający opublikował treść dokumentacji SIWZ, w tym SIWZ umowy ramowej oraz wzorów umów: ramowej oraz umów wykonawczych, które to są przedmiotem odwołania.

Wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 144 000 EURO. Wobec tego wniesienie odwołania w dniu 16 maja 2019 r. powoduje, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1, został zachowany. Przed upływem terminu do wniesienia odwołania, Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający w dniu 6 maja 2019 r. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zawarcie Umowy ramowej na Świadczenie usług polegających na dostarczeniu specjalistów do realizacji zadań określonych przez Zamawiającego w ramach planowanych i obecnie prowadzonych projektów IT (znak: XIV.263.4.2019), publikując w tym dniu treść ogłoszenia wraz z przekazaniem treści wszystkich dokumentów SIWZ, w tym załączników do SIWZ w postaci wzorów umowy ramowej oraz umów wykonawczych.

I.1. eliminacja Odwołującego i innych spółek z GK Comarch z postępowania z uwagi na udział w grupie kapitałowej z innym wykonawcą z GK Comarch realizującym inną umowę u Zamawiającego

Zgodnie z treścią dokumentu wzoru umowy ramowej, który został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego, Zamawiający podzielił zamówienie na 3 części:

Część 1 - świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego Usług polegających na dostarczeniu specjalistów **do realizacji wyspecjalizowanego, wielowarstwowego systemu IT, udostępniającego usługi sieciowe**, opartego o JVM, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, a w szczególności z rozdziałem 2.1.

Część 2 - świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego Usług polegających na dostarczeniu specjalistów **do realizacji audytów (kodu oraz bezpieczeństwa) oraz testów (manualnych, automatycznych, end-to-end, bezpieczeństwa, wydajnościowych, UX) systemów IT realizowanych przez Zamawiającego**, w ramach prowadzonych projektów IT, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, a w szczególności z rozdziałem 2.2.

Część 3 - świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego Usług polegających na dostarczeniu specjalistów **do realizacji zaawansowanego systemu IT udostępniającego dane z baz danych Zamawiającego**, opartego o mikroserwisy i rozwiązania chmurowe, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, a w szczególności z rozdziałem 2.3. (Rozdział III.1. SIWZ Umowa ramowa, str. 5).

W informacjach dodatkowych w Rozdziale III SIWZ – Umowa ramowa pkt 4 Zamawiający wskazał, iż:

1) Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie dwie Części zamówienia z tym zastrzeżeniem, że:

- a) złożenie oferty na Część 1 wyklucza złożenie Oferty na Część 2, ale nie wyklucza złożenia oferty na Część 3;
- b) złożenie oferty na Część 2 wyklucza złożenie Oferty na Część 1 oraz na Część 3;
- c) złożenie oferty na Część 3, wyklucza złożenie oferty na Część 2, ale nie wyklucza złożenia Oferty na Część 1.

Złożenie ofert jednocześnie na Część 2 i Część 1 lub Część 3, niezgodnie z powyższym zastrzeżeniem, powoduje odrzucenie wszystkich złożonych przez Wykonawcę ofert.

Powyższe zasady wynikają z faktu, iż w ramach Części 2 Wykonawca zapewni specjalistów do realizacji audytów oraz testów (w tym czynności odbiorowych) dotyczących systemów IT realizowanych przez Zamawiającego przy udziale specjalistów dostarczonych przez Wykonawców w ramach Części 1 i 3. Świadczenie usługi w ramach Części 2 wymaga bezstronności i wyklucza, aby Wykonawca, który tworzył system IT jednocześnie go audytował.” (Rozdział III.4 SIWZ Umowa ramowa, str. 5-6).

W dalszej części Rozdziału III SIWZ – Umowa ramowa Zamawiający ustalił następującą zasadę:

„5. Zamawiający informuje, że zawarł następujące umowy:

- a) umowa nr 185/BN/2017 z dnia 14.11.2017 na Wdrożenie koncentratora metadanych – zakup koncentratora metadanych wraz z licencjami - wykonawcą umowy jest **SOFTBLUE S.A.**
- b) umowa nr 232/BN/2018 z dnia 27.12.2018 na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenie nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów Polona.pl i e-ISBN - wykonawcą umowy jest **Comarch Polska S.A**

Złożenie oferty w postępowaniu wykonawczym przez ww. wykonawców i podwykonawców, którzy wykonywali ww. umowy lub podmioty z tej samej grupy kapitałowej co ww. wykonawcy skutkować będzie odrzuceniem oferty z powodu zaistnienia konfliktu interesu, o którym mowa w § 13. ust. 2 Wzoru Umowy wykonawczej (Załącznik nr 5 do SIWZ).” (Str. 6 ww. dokumentu).

§ 13 ust. 2 wzoru umowy wykonawczej zawiera następującą treść:

Strony zgodnie przyjmują, iż z uwagi na charakter prac objętych Przedmiotem umowy prawidłowa ich realizacja wymaga bezstronności i braku powiązań lub tożsamości Wykonawcy, Podwykonawców niniejszej Umowy z wykonawcami i podwykonawcami realizującymi następujące umowy zawarte przez Zamawiającego, lub których zawarcie będzie wynikiem aktualnie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, m.in.:

- a) umowa nr 185/BN/2017 z dnia 14.11.2017 na Wdrożenie koncentratora metadanych – zakup koncentratora metadanych wraz z licencjami - wykonawcą umowy jest **SOFTBLUE S.A.**
- b) umowa nr 232/BN/2018 z dnia 27.12.2018 na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenie nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów Polona.pl i e-ISBN - **wykonawcą umowy jest Comarch Polska S.A**
- c) umowa nr [...] na [...] - wykonawcą umowy jest konsorcjum w składzie: lider [...], członkowie konsorcjum.

1) Mając powyższe na względzie Wykonawca oświadcza, iż ani on sam, ani żaden podmiot z grupy kapitałowej do której należy Wykonawca, nie jest w jakikolwiek sposób faktyczny lub prawny powiązany z

podmiotami realizującymi umowy, o których mowa w ust. 2 powyżej, w szczególności w taki sposób, który mógłby wpłynąć na prawidłowość realizacji prac będących przedmiotem niniejszej Umowy (**brak konfliktu interesów**);

2) W sytuacji, gdyby w toku realizacji niniejszej umowy ww. oświadczenie o braku powiązań z wykonawcami realizującymi umowy w ramach projektu e-usługa OMNIS i Patrimonium stało się nieaktualne (powstanie konfliktu interesów), Wykonawca zobowiązany jest w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia powzięcia informacji o powstaniu konfliktu interesów zgłosić ten fakt Zamawiającemu w formie pisemnej. W takim przypadku Zamawiającemu przysługuje **prawo do rozwiązania Umowy wykonawczej** w trybie natychmiastowym;

3) W sytuacji, gdy Wykonawca nie poinformuje Zamawiającego o istnieniu konfliktu interesów w trybie i terminie określonym w pkt 2) powyżej, lub gdyby okazało się, iż konflikt interesów istniał od dnia zawarcia Umowy wykonawczej, a Wykonawca zaniechał poinformowania o tym fakcie Zamawiającego, Zamawiającemu **oprócz prawa do rozwiązania umowy** w trybie natychmiastowym przysługuje dodatkowo prawo do naliczenia kary umownej;

4) Wykonawca niezwłocznie po doręczeniu mu pisemnego oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy wykonawczej powstrzyma się od dalszego wykonywania Przedmiotu Umowy, dokona protokolarnej inwentaryzacji prac w toku z udziałem co najmniej jednego przedstawiciela Zamawiającego, spośród wskazanych w §10 ust. 1, według stanu na dzień odstąpienia od Umowy wykonawczej;

I.2. skrócenie terminu składania ofert

Ponadto w treści ogłoszenia o zamówieniu, w sekcji IV.1.1. Zamawiający wskazał, że:

„BN znajduje się w stanie pilnej potrzeby udzielenia zam., która powoduje, że termin podst. składania ofert, określony w art. 43 ust. 2 Pzp, nie może być zachowany, ponieważ jest niewykonalny dla osiągnięcia celów projektu OMNIS (w ramach którego zadanie jest realizowane i finansowane), jako że projekt jest ograniczony w czasie trwania i dofinansowany ze środków unijnych oraz służy realizacji interesu publicznego. Wyznaczenie terminu podst. na składanie ofert, stanowiłoby realne zagrożenie dla osiągnięcia wskaźników projektowych i nie zagwarantowałoby ochrony interesów BN związanych z realizacją projektu. Jednocześnie skrócenie terminu składania ofert na podstawie art. 43 ust. 2b. pkt 2) Pzp uzasadnione jest również charakterem i zakresem przedmiotowym postępowania, które ma na celu wyłącznie zawarcie umowy ramowej. W związku powyższym wyznaczenie terminu składania ofert na 21 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zam. UPUE, uwarunkowane jest pilną potrzebą udzielenia zam. i jest uzasadnione”.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

II.1. Zarzut eliminacji Odwołującego i innych spółek z GK Comarch z postępowania z uwagi na udział w grupie kapitałowej z innym wykonawcą z GK Comarch realizującym inną umowę u Zamawiającego

Odwołujący zarzuca, że w efekcie wskazanej wyżej zasady SIWZ odnoszącej się literalnie do Comarch Polska S.A. (oraz spółek z GK Comarch, w tym do CA Consulting S.A.) Odwołujący, jak i każda inna Spółka wchodząca w skład grupy kapitałowej Comarch, został wykluczony z możliwości udziału w niniejszym postępowaniu, jak i ubiegania się o umowy wykonawcze.

Stwierdzenie, iż oferta Comarch Polska S.A. (lub spółki z jego Grupy Kapitałowej np. Odwołujący) złożona w postępowaniu wykonawczym realizowanym w ramach umowy ramowej zostanie odrzucona (niejako z mocy samego SIWZ) – eliminuje bowiem zasadność składania ofert w niniejszym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Eliminuje też możliwość uzyskania zamówienia. Zamawiający udziela bowiem zamówienia, którego przedmiot objęty jest umową ramową jedynie tym wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową. A skoro tak, to zawieranie umowy ramowej przez podmiot (podmioty) wyeliminowane z ubiegania się o zamówienia wykonawcze jest przeciwnie skuteczne. Przedmiotowa zasada skutecznie bowiem blokuje zasadność i celowość zawarcia umowy ramowej przez Odwołującego (jak i każdą spółkę z jego Grupy kapitałowej).

Aktualna konstrukcja SIWZ, w tym szczególności zapisów SIWZ – Umowa ramowa, oraz wzór umowy ramowej oraz umowy wykonawczej, prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego było odrzucenie ofert złożonych przez Wykonawcę Comarch (i inne Spółki GK Comarch) w ramach wszystkich części Zamówienia, w tym części I i III.

Odwołujący zacytował powyżej opis wszystkich części zamówienia w umowie ramowej, jednak dla przejrzystości treści odwołania, dodatkowo określi poszczególne części hasłowo:

Cz. I. – część programistyczna

Cz. II. – część nadzorcza/audytowa

Cz. III – część programistyczna.

Wymaga też podkreślenia, że sam Zamawiający rozróżnia charakter opisanych przez siebie części zamówienia, o czym świadczy fakt, iż w treści ogłoszenia określił, iż maksymalna ilość części na które mogą składać oferty wykonawcy wynosi: 2 części. Wskazał też istotną dla wykonawców instrukcję, opisującą dopuszczalne konfiguracje złożonych ofert w umowie ramowej, tak aby Wykonawca uniknął ich odrzucenia (*vide*: opis wskazany powyżej w treści niniejszego odwołania).

Analiza treści wszystkich dokumentów, w tym w szczególności wzoru poszczególnych umów, a także dokumentu SIWZ, prowadzi do wniosku, że już na obecnym etapie Zamawiający ograniczył udział Odwołującego (oraz spółki z jego grupy kapitałowej) z ubiegania się o zawarcie umowy ramowej.

Wprowadzona zasada o odrzuceniu ofert wykonawczych Odwołującego bezpośrednio oddziałuje na interes Odwołującego w tym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, bowiem przy utrzymaniu obecnego zapisu jej zawarcie nigdy nie doprowadzi do wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu wykonawczym. To trochę tak, jakby Zamawiający w ogłoszeniu w postępowaniu dwuetapowym (np. przetargu ograniczonym) nie zakazał konkretnej firmie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, lecz wprowadził zasadę, że firma ta, jeżeli złoży ofertę, zostanie ona odrzucona.

Już na obecnym etapie występuje zatem konieczność oprotowania wprowadzonego zakazu, również i z tego powodu, iż został on już teraz uzewnętrzniony przez Zamawiającego, a zatem Odwołujący nie może dopuścić do jego „zalegalizowania” w wyniku upływu terminów na odwołanie na konstrukcję SIWZ w ramach niniejszego postępowania.

Przechodząc do istoty zarzutu wskazujemy na wstępie, że Odwołujący nie kwestionuje co do zasady zakazu ubiegania się o zamówienie (zawarcie umowy ramowej) w ramach cz. II zamówienia. Jest zrozumiałe, że usługa audytowania prac (ich efektów) realizowanych przez konkretnych wykonawców nie powinna być realizowana przez nich samych, ani przez podmioty z nimi powiązane. Wskazany w SIWZ w takim przypadku wymóg bezstronności i braku powiązań pomiędzy audytorem i kontrolowanym wykonawcą jest zrozumiały i uzasadniony **charakterem usług objętych częścią II (audyt).**

Nie mniej jednak charakter i specyfika usług objętych częścią I i III zamówienia taka nie jest. Przedmiotem usług/prac realizowanych przez wykonawców w ramach tych części jest dostarczanie specjalistów do realizacji prac o charakterze programistycznym. Konflikt interesów wskazany powyżej nie zachodzi w obrębie tego typu prac. Mają one charakter obiektywny z definicji – polegają bowiem na realizacji określonych prac mających na celu wykonanie oprogramowania komputerowego. Z tego punktu widzenia nie ma znaczenia tożsamość wykonawcy dostarczającego programistów do wykonania oprogramowania systemów wskazanych dla części I i III zamówienia.

Powyższe potwierdza podana przez Zamawiającego definicja czy też może raczej rozumienie „konfliktu interesów”, która została określona w § 13 ust. 2 wzoru umowy podwykonawczej. Zamawiający wskazuje, że *„z uwagi na charakter prac objętych Przedmiotem umowy prawidłowa ich realizacja wymaga bezstronności i braku powiązań lub tożsamości Wykonawcy, Podwykonawców niniejszej Umowy z wykonawcami i podwykonawcami realizującymi następujące umowy zawarte przez Zamawiającego, lub których zawarcie będzie wynikiem aktualnie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”, a także „Mając powyższe na względzie Wykonawca oświadcza, iż ani on sam, ani żaden podmiot z grupy kapitałowej do której należy Wykonawca, nie jest w jakikolwiek sposób faktyczny lub prawny powiązany z podmiotami realizującymi umowy, o których mowa w ust. 2 powyżej, w szczególności w taki sposób, który mógłby wpłynąć na prawidłowość realizacji prac będących przedmiotem niniejszej Umowy”.*

Zamawiający definiując konflikt interesów opiera się na charakterze prac objętych przedmiotem umowy oraz akcentuje wymóg prawidłowej realizacji prac, który mógłby zostać zaburzony w wyniku tożsamości wykonawcy z wykonawcami *explicite* wymienionymi w umowie (m.in. Spółka z Comarch Polska S.A.), lub powiązań z nimi.

O ile zatem jak podano wyżej prace objęte częścią II zamówienia (audyt) takie zaburzenie mogłoby wywoływać (tożsamość audytora i audytowanego) – to trudno znaleźć uzasadnienie dla wyeliminowania możliwości dostarczenia zamawiającemu programistów do realizacji danego systemu (część I i III) przez Odwołującego lub inne spółki z jego grupy kapitałowej.

Odwołujący, jak i inne spółki z jego grupy kapitałowej dysponuje setkami programistów i specjalistów mogących efektywnie i prawidłowo realizować prace objęte częścią I i III zamówienia. Tożsamość Odwołującego i fakt, iż Spółka wchodząca w skład GK Comarch, do której należy również odwołujący, jest Wykonawcą umowy wskazanej w SIWZ w żaden sposób nie może wpływać na nieprawidłowe wykonywanie takich prac (można by wręcz wskazać, że może być pomocna z uwagi na znajomość organizacji zamawiającego przez Odwołującego). Tym bardziej niezrozumiałą jest zakaz na inne spółki z Grupy kapitałowej.

Podnosimy, iż jako uczestnik wolnego rynku oraz wyspecjalizowany podmiot w realizacji dostaw i budowy systemów informatycznych Odwołujący ma pełne prawo ubiegania się o zamówienia w takim przedmiocie. Stworzenie sztucznego i nieuzasadnionego zakazu ubiegania się o zamówienia tego typu z uwagi na fakt realizacji u tego samego zamawiającego innej umowy jest bezprecedensowe. Nie tylko jawnie narusza zasady Pzp. w szczególności równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ale też jest podejściem niespotykanym na rynku zamówień. Zjawisko realizacji przez te same firmy (bądź firmy wchodzące w skład tej samej Grupy Kapitałowej) u tego samego Zamawiającego kilku umów jest zjawiskiem powszechnym i często występującym w praktyce. Co więcej – z doświadczeń wynika, że kumulacja wiedzy o organizacji Zamawiającego w wyniku realizacji większej liczby umów służy efektywności i dobru Zamawiającego, poprzez ograniczenie „bariery wejścia”, wyrażającej się w ryzykach związanych z nieznajomością instytucji i jej specyficznych uwarunkowań.

Zarzucamy również, że określony w SIWZ „konflikt interesów” wyrażający się wprost w zakazie składania ofert wykonawczych przez Comarch Polska S.A. i spółki z Grupy kapitałowej Comarch (w tym Odwołujący) został przez Zamawiającego sztucznie przypisany do części I i III zamówienia pomimo tego, że w istocie nie zachodzi. Zamawiający bezrefleksyjnie tym sposobem wyeliminował z ubiegania się o zawarcie umowy ramowej w częściach I i III podmiot, który potencjalnie spełnia wszystkie wymagania SIWZ i byłby zdolny do skutecznego i prawidłowego wykonania usług wykonawczych w tych częściach.

Tego typu zapisy, eliminujące automatycznie Odwołującego z postępowania prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w wyniku samych postanowień SIWZ. Czynienie przez Zamawiającego tego rodzaju „prezentów” dla konkurencji Odwołującego jest niezrozumiałe i powinno zostać zanegowane, jako naruszające Ustawę Pzp.

Okoliczność realizacji u tego samego Zamawiającego innej umowy przez ten sam podmiot (lub podmiot powiązany) w przeszłości lub nawet równolegle powinna być co do zasady (za wyjątkiem takich sytuacji jak audyt) obojętna dla możliwości ubiegania się o inne zamówienie u tego samego Zamawiającego. Okoliczności realizacji każdej konkretnej umowy (wymagania przedmiotowe, zakres, zaangażowany potencjał itp.) są zawsze unikatowe i po zawarciu umowy stanowią element prac projektowych. Krótko mówiąc sam fakt realizacji innej umowy u danego Zamawiającego nie stanowi w świetle pzp. podstawy zakazu ubiegania się o inne zamówienia. Wprowadzenie reguły w SIWZ, iż taka sytuacja z uwagi na samą tożsamość wykonawcy lub „powiązania faktyczne i prawne” skutkuje odrzuceniem oferty wykonawczej to kreowanie nowych, nie istniejących w ustawie Pzp. podstaw odrzucenia ofert – z czym nie można się zgodzić.

Ewentualna obecność danego wykonawcy (a już tym bardziej spółek z nim tylko powiązanych – jak chce Zamawiający „faktycznie lub prawnie”) u tego samego Zamawiającego nie może kreować dodatkowych warunków i podstaw odrzucenia ofert, innych niż istnieją w Ustawie Pzp. Jeżeli tylko dany Wykonawca spełnia warunki SIWZ zgodne z Pzp, ma prawo ubiegania się o zamówienia, w tym o zawarcie umowy ramowej w celu składania ofert wykonawczych.

Kategorycznie zaprzeczyć trzeba stanowisku Zamawiającego, że w części I i III zachodzi jakiś konflikt interesów dla wskazanych w SIWZ (do tego w sposób otwarty) wykonawców, którzy mogliby teoretycznie realizować dwie różne umowy (które de facto mogą być nawet w 100% niezależne od siebie) – to znaczy umowy podane w SIWZ, jak i umowy wykonawcze w części I i III zamówienia. Co więcej – zwracamy uwagę, że w oparciu o umowę ramową będzie istniała możliwość składania ofert wykonawczych przez okres następnych 2 lat od daty zawarcia umowy ramowej – to znaczy również w okresie w którym umowa obecnie realizowana przez Spółkę wchodzącą w skład GK Comarch będzie już zakończona (zgodnie z nią ma ona zakończyć się w grudniu 2019 roku).

Jeśli Zamawiający uważa, że niemożliwe jest realizacja 2 kontraktów przez jednego Wykonawcę bądź podmioty ze sobą powiązane, których celem jest osiągnięcie podobnych bądź nawet różnych rezultatów, to nie jest to podstawą do odrzucenia ofert wykonawczych. Zamawiający wyraźnie wskazał, że prace realizowane w ramach umowy ramowej, muszą być realizowane bezstronnie i przy braku jakichkolwiek powiązań pomiędzy Wykonawcami. Odnosząc to do realiów niniejszej sprawy, trzeba potwierdzić, że ta bezstronność wymagana byłaby w ramach tylko i wyłącznie cz. II, w której to prace aktualnie realizowane przez Comarch Polska S.A. podlegają ocenie przez teoretycznie niezależnych audytorów itp. Zatem wszelkie próby ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu, w szczególności poprzez tworzenie zapisów mających na celu odrzucenie ofert konkretnych Wykonawców, należy uznać za niedopuszczalne i naruszające treść art. 7 ustawy PZP.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, że zapisy SIWZ w tym wzoru umowy podwykonawczej są niezrozumiałe - z jednej strony wprowadza się bezwzględną zasadę odrzucenia ofert wykonawczych Comarch Polska (i spółkę powiązanych), a z drugiej strony § 13 ust. 2 wzoru umowy ramowej przewiduje sankcje w postaci odstąpienia od umowy zawartej w wyniku takiej oferty w połączeniu z bardzo wysoką karą umowną, co jest niezrozumiałe (oferta odrzucona nie może prowadzić do zawarcia umowy).

Żądanie odwołania: w związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji przedmiotowego postępowania polegającej na:

1) usunięciu z treści zapisów SIWZ tj. Rozdział III pkt 5. tj.:

„5. Zamawiający informuje, że zawarł następujące umowy:

- a) umowa nr 185/BN/2017 z dnia 14.11.2017 na Wdrożenie koncentratora metadanych – zakup koncentratora metadanych wraz z licencjami - wykonawcą umowy jest SOFTBLUE S.A.
- b) umowa nr 232/BN/2018 z dnia 27.12.2018 na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenie nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów Polona.pl i e-ISBN - wykonawcą umowy jest Comarch Polska S.A

Złożenie oferty w postępowaniu wykonawczym przez ww. wykonawców i podwykonawców, którzy wykonywali ww. umowy lub podmioty z tej samej grupy kapitałowej co ww. wykonawcy skutkować będzie odrzuceniem oferty z powodu zaistnienia konfliktu interesu, o którym mowa w § 13. ust. 2 Wzoru Umowy wykonawczej (Załącznik nr 5 do SIWZ).”.

Alternatywnie, modyfikację części ww zapisu poprzez uszczegółowienie, że:

Złożenie oferty w postępowaniu wykonawczym **na cz. II umowy ramowej** przez ww. wykonawców i podwykonawców, którzy wykonywali ww. umowy lub podmioty z tej samej grupy kapitałowej co ww. wykonawcy skutkować będzie odrzuceniem oferty z powodu zaistnienia konfliktu interesu, o którym mowa w § 13. ust. 2 Wzoru Umowy wykonawczej (Załącznik nr 5 do SIWZ).”.

2) **usunięcie treści zapisów załącznika nr 5 do SIWZ tj. § 13 ust. 2. Wzory Umowy wykonawczej, tj.:**

„2. Strony zgodnie przyjmują, iż z uwagi na charakter prac objętych Przedmiotem umowy prawidłowa ich realizacja wymaga bezstronności i braku powiązań lub tożsamości Wykonawcy, Podwykonawców niniejszej Umowy z wykonawcami i podwykonawcami realizującymi następujące umowy zawarte przez Zamawiającego, lub których zawarcie będzie wynikiem aktualnie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, m.in.:

a) umowa nr 185/BN/2017 z dnia 14.11.2017 na Wdrożenie koncentratora metadanych – zakup koncentratora metadanych wraz z licencjami - wykonawcą umowy jest SOFTBLUE S.A.

b) umowa nr 232/BN/2018 z dnia 27.12.2018 na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenie nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów Polona.pl i e-ISBN - wykonawcą umowy jest Comarch Polska S.A

c) umowa nr [...] na [...] - wykonawcą umowy jest konsorcjum w składzie: lider [...], członkowie konsorcjum.

1) Mając powyższe na względzie Wykonawca oświadcza, iż ani on sam, ani żaden podmiot z grupy kapitałowej do której należy Wykonawca, nie jest w jakikolwiek sposób faktyczny lub prawny powiązany z podmiotami realizującymi umowy, o których mowa w ust. 2 powyżej, w szczególności w taki sposób, który mógłby wpłynąć na prawidłowość realizacji prac będących przedmiotem niniejszej Umowy (brak konfliktu interesów);”

Alternatywnie, modyfikację ww zapisu poprzez uszczegółowienie, że:

*„2. Strony zgodnie przyjmują, iż z uwagi na charakter prac objętych Przedmiotem umowy związanej z **cz. II Umowy ramowej**, prawidłowa ich realizacja wymaga bezstronności i braku powiązań lub tożsamości Wykonawcy, Podwykonawców niniejszej Umowy z wykonawcami i podwykonawcami realizującymi następujące umowy zawarte przez Zamawiającego, lub których zawarcie będzie wynikiem aktualnie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, m.in.:*

a) umowa nr 185/BN/2017 z dnia 14.11.2017 na Wdrożenie koncentratora metadanych – zakup koncentratora metadanych wraz z licencjami - wykonawcą umowy jest SOFTBLUE S.A.

b) umowa nr 232/BN/2018 z dnia 27.12.2018 na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenie nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów Polona.pl i e-ISBN - wykonawcą umowy jest Comarch Polska S.A

c) umowa nr [...] na [...] - wykonawcą umowy jest konsorcjum w składzie: lider [...], członkowie konsorcjum.

1) Mając powyższe na względzie Wykonawca oświadcza, iż ani on sam, ani żaden podmiot z grupy kapitałowej do której należy Wykonawca, nie jest w jakikolwiek sposób faktyczny lub prawny powiązany z podmiotami realizującymi umowy, o których mowa w ust. 2 powyżej, w szczególności w taki sposób, który mógłby wpłynąć na prawidłowość realizacji prac będących przedmiotem niniejszej Umowy (brak konfliktu interesów);”

Proponowane zmiany doprowadzą do możliwości równego traktowania potencjalnych Wykonawców, w tym szczególności pozwolą na złożenie oferty wykonawczej w ramach cz. I i III umowy ramowej, przez Wykonawcę CA Consulting S.A. bądź inny podmiot wchodzący w skład GK Comarch.

II.2. Zarzut skrócenie terminu składania ofert

Jak wiadomo nowelizacja Ustawy Pzp. z 22.06.2016 r. wprowadziła dla Zamawiających możliwość skrócenia terminu składania ofert w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego wystąpi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione (art. 43 ust. 2b pkt 2 Ustawy). Nowelizacja była wynikiem konieczności implementacji art. 27 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym, *jeżeli ze względu na stan pilnej konieczności **należy uzasadniony** przez instytucję zamawiającą termin składania ofert nie może być dotrzymany, instytucja zamawiająca może wyznaczyć termin, który nie może być krótszy niż 15 dni od daty wystawienia ogłoszenia o zamówieniu.*

Analizując poszczególne argumenty zamawiającego, stanowiące jego zdaniem podstawę skrócenia terminu składania ofert podnosimy, iż:

1. przede wszystkim zdaniem Odwołującego art. 43 ust. 2b pkt 2) Ustawy nie ma zastosowania do ofert składanych postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej. Potwierdzeniem tego jest jedynie „odpowiednie” stosowanie do tego typu postępowania przepisów o postępowaniu nieograniczonym, co wynika z art. 99 Ustawy Pzp. Za brakiem możliwości zastosowania pilnej potrzeby udzielenia zamówienia dla ofert składanych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej przemawia fakt, że w wyniku tego typu postępowania **nie dojdzie do żadnego „udzielenia zamówienia”**, a jedynie do zawarcia umowy ramowej, która dopiero w okresie określonego czasu (tu: na przestrzeni 2 lat od zawarcia umowy ramowej) da dopiero możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcze i tym samym i udzielenia zamówienia. Ponadto samo zawarcie umowy ramowej z wykonawcami nie obliguje ich do każdorazowego składania ofert w postępowaniach wykonawczych – zatem z samej definicji zawarcie samej umowy ramowej nie może niczego w sensie realizacji dostaw czy usług Zamawiającemu „gwarantować”. Możliwa jest również sytuacja, że pomimo zawarcia umowy ramowej nie jest ona przez samego Zamawiającego wykorzystywana (nie wszczyna postępowań wykonawczych), lub sytuacja, że pomimo wszczęcia postępowania wykonawczego nie wpływa żadna oferta. Te właściwości i specyfika umowy ramowej powodują że w efekcie samo jej zawarcie z przyczyn konstrukcji ustawowej takiej umowy nie oznacza i nie może oznaczać udzielenia zamówienia. A tylko pilna potrzeba **udzielenia** zamówienia uzasadnia zastosowanie skrócenia terminu składania ofert. Co za tym idzie przesłanka „pilnej potrzeby

udzielenia zamówienia” z art. 43 ust. 2b. pkt 2) Ustawy nie może mieć w niniejszym przypadku zastosowania.

2. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że postępowania o zawarcie umowy ramowej nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia, co wynika również z definicji ustawowych tych pojęć. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma na celu (art. 1 pkt 7a) Pzp.) dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, czyli na realizację dostaw, usług lub robót budowlanych (art. 1 pkt 13 Pzp.), podczas gdy w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej żadna umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zostanie zawarta. Postępowanie na zawarcie umowy ramowej ma na celu (art. 1 pkt 9a) Pzp.) jedynie ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. W efekcie w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej nie dojdzie nigdy do udzielenia zamówienia, a zatem skrócenie terminu składania ofert w oparciu o przesłankę „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” (art. 43 ust. 2b. pkt 2) Pzp.) nie może mieć do tego typu postępowania (umowa ramowa) zastosowania. Na marginesie – Zamawiający w w/w uzasadnieniu skrócenia terminu dostrzega fakt, że ma do czynienia z umową ramową, jednak (wadliwie) wykorzystuje go dla uzasadnienia skrócenia terminu z uwagi na to, że ma to być „jedynie” zawarcie ramowej umowy. a zatem „jedynie” ustalenie warunków dotyczących przyszłych umów, cen, ilości itd. Jest to sprzeczne, gdyż tym samym dezawuuje znaczenie umowy ramowej, a skoro tak jest, tym bardziej przesłanka „pilności” nie powinna mieć zastosowania.
3. Nawet gdyby przyjąć (czemu Odwołujący przeczy), że przesłanka „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” może mieć zastosowanie do skrócenia terminu złożenia ofert na umowę ramową – to Odwołujący kwestionuje podane uzasadnienie w całości – jako uzasadnienie, którego nie można uznać za „należyte” w rozumieniu w/w przepisu Dyrektywy. Zamawiający powołuje się zasadniczo na dwie okoliczności:
 - a. po pierwsze na „niewykonalność [terminu podst.] dla osiągnięcia celów projektu OMNIS”,
 - b. po drugie „Wyznaczenie terminu podst. na składanie ofert, stanowiłoby realne zagrożenie dla osiągnięcia wskaźników projektowych i nie zagwarantowałoby ochrony interesów BN związanych z realizacją projektu”.

Zarzucamy, że takie uzasadnienie jest pustosłowiem, nadto jest ogólne i nic nie wnoszące. Zamawiający nie tłumaczy niczego i niczego nie uzasadnia, zasłaniając się hasłami. W szczególności nie uzasadnia w jaki sposób dłuższy termin składania ofert (35 zamiast 15) czyniłby nieokreślone zresztą bliżej cele projektu OMNIS nieosiągalnymi. Naprawdę nie jest zrozumiałe w jaki sposób różnica 20 dni w terminie składania ofert może przekreślać cele całego wieloletniego projektu? Zamawiający nie wyjaśnia też dlaczego te 20 dni różnicy mają zagrażać realnie osiągnięciu wskaźników projektu (nie jest zresztą jasne o jakich wskaźnikach jest tu mowa). Wreszcie Zamawiający nie wyjaśnia konkretnie w jaki sposób brak skrócenia o 20 dni terminu złożenia ofert w umowie ramowej ma skutkować brakiem „gwarantowania” ochrony interesów BN. Wskazujemy, że Zamawiający nie wyjaśnia w szczególności jak się ma te 20 dni o które skrócił obecnie procedurę by rzekomo „zagwarantować” swe interesy do terminów na złożenie ofert wykonawczych (Odwołujący wskazuje, że samo to dowodzi

absurdalności stosowania art. 43 ust. 2b. pkt 2) Pzp) do postępowań o zawarcie umowy ramowej).

4. Odwołujący kwestionuje podane uzasadnienie również z dodatkowego powodu. Otóż umowa ramowa (ta omawiana) ma być zawarta aż na 2 lata. Z tej perspektywy skracanie terminu złożenia ofert na umowę ramową o 20 dni nie ma i nie może mieć żadnego znaczenia ani przełożenia dla jakiegokolwiek „interesu” Zamawiającego, który będzie realizowany przez okres kolejnych aż dwóch lat. Zestawienie 20 dni o jakie Zamawiający obecnie skraca termin składania ofert z 48 miesiącami, w ramach których wykonawcy mają być gotowi (choć nie muszą) składać oferty wykonawcze pokazuje czysty absurd i pozorność przyjętego przez Zamawiającego uzasadnienia.

Żądanie odwołania: w związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem minimalnego terminu składania zgodnie z art. 43 ust. 2 Ustawy Pzp. (nie krótszy niż 35 dni).

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za Odwołującego:

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) KRS CA Consulting S.A.
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania.