

Warszawa, dnia 30 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. zmianie (modyfikacji) treści dokumentacji postępowania prowadzonego w celu zawarcia Umowy ramowej, tj. 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.

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:

- 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

- 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, podczas gdy objęte odwołaniem zapisy SIWZ eliminują możliwość Wykonawcy składania umów wykonawczych w ramach umowy ramowej objętych tym postępowaniem. W konsekwencji, nawet złożenie oferty o zawarcie umowy ramowej, z uwagi na te zapisy SIWZ nie pozwoli na uzyskanie zamówienia w ramach ofert wykonawczych, co czyni ubieganie się o niniejsze zamówienie niecelowym, bowiem w jego efekcie Wykonawca i tak czasowo nie będzie mógł realizować zamówień. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości uzyskiwania zamówień wykonawczych w ramach niniejszej umowy ramowej w okresie obowiązywania innej umowy zawartej przez Comarch Polska S.A. z Zamawiającym.

DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I PRZESŁANIE KOPII ZAMAWIAJĄCEMU

W dniu 28.05.2019 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej „INFORMACJĘ O ZMIANIE TREŚCI SIWZ, TERMINU SKŁADANIA OFERT ORAZ TERMINU I MIEJSCA OTWARCIA OFERT”.

Wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 144 000 EURO. Z uwagi na fakt, że nowy termin składania ofert został wyznaczony na dzień, w którym biegnie termin do zaskarżenia niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, odwołanie wniesione w terminie 2 dni od dokonania tej czynności jest niezbędne celem zabezpieczenia interesów Odwołującego.

Podsumowując, wniesienie odwołania w dniu 30 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.

W dniu 16 maja 2019 r. Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na 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 stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1, art. 100 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 99 Ustawy Pzp.

W dniu 27 maja 2019 r. odbyło się posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 894/19), podczas którego Zamawiający uznał wyżej wymieniony zarzut odwołania Wykonawcy w zakresie ograniczenia kręgu potencjalnych Wykonawców.

W dniu 28.05.2019 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej „INFORMACJĘ O ZMIANIE TREŚCI SIWZ, TERMINU SKŁADANIA OFERT ORAZ TERMINU I MIEJSCA OTWARCIA OFERT”.

Zamawiający dokonał zmiany pkt. 5 rozdz. III SIWZ:

„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 na część 1, lub część 2, lub część 3 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); z wyjątkiem ofert złożonych na część 1 lub część 3 w okresie po wygaśnięciu lub rozwiązaniu pod jakimkolwiek tytułem prawnym umów, o których mowa w lit. a) – b) powyżej, jeżeli rozwiązanie tej umowy nie nastąpiło z powodu zawinionego naruszenia przez wykonawcę obowiązków zawodowych, w szczególności nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy.”

Ponadto Zamawiający zmienił zapisy Załącznika nr 5 do SIWZ „Wzór umowy wykonawczej”, poprzez dodanie przed ust. 2 § 13 dotyczącego „konfliktu interesów” preambuły o następującej treści:

„[w przypadku umów wykonawczych na część 1 lub część 3 Umowy ramowej zapis znajduje zastosowanie w okresie obowiązywania umowy 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. i umowy nr 232/BN/2018 z dnia 27.12.2018 na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenia nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów polona.pl i e-ISBN – wykonawcą jest Comarch Polska S.A.]. w przypadku umów wykonawczych na część 2 Umowy ramowej zapis znajduje zastosowanie przez cały okres obowiązywania Umowy ramowej.]”

Ponadto Zamawiający zmienił termin składania ofert z dnia 30 maja 2019 r. na 31 maja 2019 r.

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 .

Zgodnie z treścią dokumentu wzoru umowy ramowej, który został zamieszczone 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).

Pkt 5 Rozdziału III SIWZ przed wniesieniem pierwszego odwołania stanowił, że:

„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;

Na skutek wniesionego odwołania Zamawiający dokonał zmiany pkt 5 Rozdziału III SIWZ oraz wprowadził preambułę do Załącznika nr 5 do SIWZ „Wzór umowy wykonawczej”, poprzez dodanie przed ust. 2 § 13 treści wskazanej powyżej. Dokonana zmiana nie została wykonana zgodnie z żądaniem Wykonawcy.

II. Uzasadnienie zarzutu odwołania

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

Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja w dalszym ciągu narusza przepisy Ustawy i eliminuje konkretnych Wykonawców, wskazanych wprost co do tożsamości, z możliwości ubiegania się o składanie ofert wykonawczych. Dotyczy to również spółek z Grupy Kapitałowej oraz ich podwykonawców.

Zarzucamy, że w wyniku dokonania tej modyfikacji, Zamawiający ustalił zasadę, że dopóki będzie realizowana umowa zawarta przez Comarch Polska S.A. z Zamawiającym (jest to inna Umowa o nr 232/BN/2018), obowiązywać będzie rygor odrzucenia każdej oferty wykonawczej złożonej przez Comarch

Polska S.A. bądź inne spółki wchodzące w skład GK Comarch, lub podwykonawców. Wynika to z faktu, że Zamawiający wprowadził od przedmiotowego rygору odrzucenia wyjątek, polegający na tym, że rygor ten nie ma zastosowania do czasu wygaśnięcia tej umowy. Wygaśnięcie zobowiązania może być skutkiem bądź spełnienia świadczenia bądź odstąpienia/wypowiedzenia Umowy. W konsekwencji po modyfikacji z SIWZ wynika zasada, że jakakolwiek oferta wykonawcza złożona na mocy umowy ramowej przez Comarch Polska S.A lub Spółkę z GK Comarch (np. Odwołujący) będzie odrzucona, dopóki, dopóty Comarch Polska S.A. będzie realizował inny kontrakt. Ustawa PZP nie przewiduje rygору odrzucenia ofert Wykonawców z tego tylko powodu, że u tego samego Zamawiającego Wykonawca ten lub inny podmiot z nim powiązany realizuje inne kontrakty. Co więcej, nawet w przypadku gdy ten sam Wykonawca realizujący inną umowę u tego samego Zamawiającego napotyka na trudności w realizacji, fakt ten w świetle ustawy PZP nie eliminuje tego Wykonawcy z ubiegania się o inne zamówienia. Nawet obiektywnie istniejące trudności w realizacji innej umowy, nie przesądzają w żaden sposób o jakości, czy staranności w realizacji innych umów (nowych zamówień), w szczególności te trudności realizacyjne w obrębie innych kontraktów, mogą być przejściowe, może nastąpić poprawa w realizacji i w efekcie spełnienie świadczenia. Podkreślamy, że nawet zerwanie kontraktu z danym Wykonawcą przez Zamawiającego a także naliczenie kar umownych lub odszkodowania, w świetle Ustawy PZP nie eliminuje takiego Wykonawcy z możliwości ubiegania się o inne zamówienie. Sama Ustawa przewidując w określonych przypadkach fakultatywnie możliwość wykluczenia takiego Wykonawcy z postępowania, zezwala na postępowanie sanacyjne i możliwość przedstawienia argumentacji eliminującej wykluczenie (art. 24 ust. 8 PZP). W efekcie, w świetle zasad Ustawy nie ma możliwości definitywnego eliminowania możliwości ubiegania się o zamówienia, w tym o zamówienia wykonawcze w związku z zawartą umową ramową, Wykonawców w sposób definitywny i automatyczny na mocy zapisów SIWZ. Dodana modyfikacja w żaden sposób nie eliminuje ograniczenia konkurencji wskazywanego w poprzednim odwołaniu o sygnaturze KIO 894/19. Uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu niczego nie wniosło, a wprowadzona modyfikacja nie jest zgodna z żądaniem w tamtym odwołaniu. Zamawiający ma prawo dokonać dowolnej modyfikacji SIWZ, nawet w sposób odbiegający od zgłoszonego żądania uwzględnionego zarzutu, nie mniej jednak musi liczyć się z tym, że nowa treść modyfikacji jest nową czynnością i podlega odrębnemu odwołaniu. Dodana modyfikacja, stanowi całość regulacji, która nabrała w związku z tą modyfikacją nowego sensu.

Przechodząc do szczegółów, podnosimy jak niżej.

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) tylko i wyłącznie z tego powodu, że równolegle nie wygasła inna umowa realizowana przez Comarch Polska S.A. – 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 w okresie realizacji innej umowy przez Comarch Polska jest przeciwnie skuteczne. Przedmiotowa modyfikacja 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, już po dokonanej modyfikacji, prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego w dalszym ciągu jest odrzucenie ofert złożonych przez Wykonawcę Comarch (i inne Spółki GK Comarch) w ramach części I i III, tj. w częściach programistycznych.

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.

Odwołujący wskazuje, że jego intencją jest możliwość ubiegania się o zamówienia od początku realizacji umowy ramowej. Celowe rozróżnienie w zakresie obowiązywania „automatycznego” odrzucenia ofert Spółek z GK Comarch, pozwala stwierdzić, Zamawiający intencjonalnie dokonuje dyskryminacji wszystkich ewentualnych Wykonawców wchodzących w skład GK Comarch. Ta swoista grupowa odpowiedzialność stoi w sprzeczności z przepisami Ustawy PZP, i nie ma jakiegokolwiek podstawy prawnej w świetle obowiązującego katalogu odrzucenia ofert Wykonawców.

Modyfikacja regulująca odrzucenie ofert wykonawczych w okresie realizacji innej umowy przez Comarch Polska, bezpośrednio oddziałuje na interes Odwołującego w tym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, bowiem przy utrzymaniu treści SIWZ w brzmieniu określonym modyfikacją nie doprowadzi do wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu wykonawczym do końca obowiązywania Umowy 232/BN/2018, dopóki, dopóty Comarch Polska będzie realizował inną umowę. Ponadto może zaistnieć sytuacja, że w przypadku, gdy inny Wykonawca jakim jest Spółka Comarch Polska, nie wykona należycie swojej umowy, będzie to rzutowało na niemożność składania ofert przez Odwołującego w trakcie obowiązywania całej umowy ramowej, co finalnie doprowadzi do wypowiedzenia umowy i naliczenia kar umownych.

Odwołujący wskazuje, że 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.

Odwołujący odwołuje się od treści SIWZ w brzmieniu nadanym modyfikacją, również i z tego powodu, że wprowadzony rygor odrzucenia oferty Comarch Polska S.A. (lub innej Spółki) w okresie do wygaśnięcia innej umowy został uzewnętrzniony już teraz, poprzez wprowadzenie tej modyfikacji, a zatem Odwołujący nie może dopuścić do zalegalizowania tej reguły.

. 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)**. Zatem słuszne jest działanie Zamawiającego który nie ograniczył niczym cz. II Zamówienia.

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.

W wyniku dokonanej modyfikacji Zamawiający wprowadził czasowe obowiązywanie konfliktu interesu, który w wyniku modyfikacji rozumiany jest poprzez stan równoległego realizowania innej umowy przez konkretne podmioty, do czasu wykonania umowy lub jej rozwiązania. W konsekwencji dokonana modyfikacja w sposób niezgodny z PZP reguluje konflikt interesów, który w istocie nie zachodzi, a który stoi w sprzeczności z zasadami Ustawy PZP, w szczególności art. 7 ust. 1 PZP.

Odwołujący pragnie podkreślić, że umowa 232/BN/2018 jest cały czas w realizacji.

Uwypuklić należy, że w Comarch S.A. zatrudniane jest ponad 6000 osób, które to są w stanie realizować zarówno umowę 232/BN/2018 jak i umowy wykonawcze, zawierane w ramach umowy ramowej. Ograniczanie dostępu do Zamówienia dla wszystkich Spółek z GK Comarch jest bezzasadne, oraz nie ma jakiegokolwiek oparcia w przepisach prawa.

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. Tym bardziej niezrozumiały 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 zamówienie w okresie realizacji innej umowy przez inny podmiot, jest niezgodne z PZP.** 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.

Zarzucamy również, że wprowadzony modyfikacją SIWZ „konflikt interesów” wyrażający się w praktyce w zakazie składania ofert wykonawczych przez Comarch Polska S.A. i spółki z Grupy kapitałowej Comarch (w tym Odwołujący) w okresie realizacji innej umowy przez Comarch Polska S.A., jest konfliktem fikcyjnym i nieuzasadnionym co do faktów.

Zamawiający bezrefleksyjnie tym sposobem wyeliminował z ubiegania się o zawarcie umowy ramowej w częściach I i III wiele podmiotów, które potencjalnie spełniają wszystkie wymagania SIWZ i byłyby zdolne do skutecznego i prawidłowego wykonania ułłów 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 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 równoległej realizacji innej umowy u danego Zamawiającego nie stanowi w świetle pzp. podstawy zakazu ubiegania się o inne zamówienia. Zupełnie bez znaczenia pozostaje fakt aktualnego zaawansowania prac wykonawczych w umowie 232/BN/2018 bądź ewentualne problemy projektowe. Zarówno umowa 232/BN/2018 jak i umowa ramowa, którą zamierza zawrzeć Zamawiający są odrębnymi zamówieniami, prowadzonymi w odrębnych ramach czasowych.

Wprowadzona modyfikacja objęta odwołaniem to kreowanie nowych, nie istniejących w ustawie Pzp. podstaw odrzucenia ofert – z czym nie można się zgodzić.

Ewentualna równoległa 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 **do czasu wygaśnięcia umowy realizowanej przez Comarch Polska S.A.** 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.

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

1) **usunięciu z treści zmodyfikowanych 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 na część 1, lub część 2, lub część 3 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); z wyjątkiem ofert złożonych na część 1 lub część 3 w okresie po wygaśnięciu lub rozwiązaniu pod jakimkolwiek tytułem prawnym umów, o których mowa w lit. a) – b) powyżej, jeżeli rozwiązanie tej umowy nie nastąpiło z powodu zawinionego naruszenia przez wykonawcę obowiązków zawodowych, w szczególności nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy.”

Alternatywnie, modyfikację części ww zapisu poprzez uszczegółowienie, że:

„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 **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);”

3) usunięcie treści zmodyfikowanych zapisów załącznika nr 5 do SIWZ, tj. preambuły dotyczącej ust.2, dodanej przed § 13 ust. 2. Wzory Umowy wykonawczej, tj.:

„[w przypadku umów wykonawczych na część 1 lub część 3 Umowy ramowej zapis znajduje zastosowanie w okresie obowiązywania umowy 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. i umowy nr 232/BN/2018 z dnia 27.12.2018 na Usługę rozwoju oprogramowania, wdrożenia nowej architektury i funkcji Repozytorium Cyfrowego Biblioteki Narodowej oraz rozbudowę interfejsów polona.pl i e-ISBN – wykonawcą jest Comarch Polska S.A.]. w przypadku umów wykonawczych na część 2 Umowy ramowej zapis znajduje zastosowanie przez cały okres obowiązywania Umowy ramowej.]”

Alternatywnie, modyfikację ww zapisu poprzez uszczegółowienie, że:

„[w przypadku umów wykonawczych na część 1 lub część 3 Umowy ramowej zapis nie znajduje zastosowania w okresie obowiązywania Umowy ramowej, a w przypadku umów wykonawczych na część 2 Umowy ramowej zapis znajduje zastosowanie przez cały okres obowiązywania Umowy ramowej.]”

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 cały okres obowiązywania Umowy ramowej, niezależnie od wyników realizacji Umowy 232/BN/2018, przez Wykonawcę CA Consulting S.A. bądź inny podmiot wchodzący w skład GK Comarch.

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.