POSTANOWIENIE

z dnia 12 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (sygn. akt KIO 2208/20),

B.w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. ak KIO 2209/20),

C.w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę COMARCH POLSKA S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Krakó (sygn. akt KIO 2218/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa

przy udziale:

A.wykonawcy Sygnity Business Solutions S.A., ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2208/20, KIO 2209/20, KIO 2218/20 po stronie odwołującego,

B.wykonawcy ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów
zgłaszającegoprzystąpienie ..... do ... postępowania ..... odwoławczego ..... o .. sygn. ..... akt KIO 2208/20, KIO 2218/20 po stronie odwołującego,

C.wykonawcy COMARCH POLSKA S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków
zgłaszającegoprzystąpienie ..... do ... postępowania ..... odwoławczego ..... o .. sygn. ..... akt KIO 2208/20, KIO 2209/20 po stronie odwołującego

D.wykonawcy COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2209/20, KIO 2218/20 po stronie odwołującego

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, wykonawcy ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów wykonawcy COMARCH POLSKA S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków kwoty 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołań, w tym:

2.1.kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,

2.2.kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,

2.3.kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy COMARCH POLSKA S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

U z a s a d n i e n i e

Ministerstwo Finansów (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usług specjalistycznych związanych z oprogramowaniem Oracle. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 202/S 130-319275.

W dniu 7 września 2020 r. wykonawca COMP S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. w związku z dokonaniem modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") w sposób, który powoduje, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy wskazani przez producenta oprogramowania i na warunkach przez niego narzuconych,
2.art. 96 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 36aa oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez z dokonanie modyfikacji treści SIWZ w sposób, który powoduje, iż nawet w przypadku podzielenia zamówienia na części, o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy wskazani przez producenta oprogramowania i na warunkach przez niego narzuconych.

Odwołujący COMP S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.dokonania modyfikacji SIWZ (w brzmieniu z dnia 26 sierpnia 2020 r.) poprzez usunięcie pojęć: „Producenckie Konsultacje Eksperckie" oraz „Producencki Rozwój Aplikacji" rozumianych jako konieczność zapewnienia usług Oracle i dopuszczenie do świadczenia usług w tym zakresie przez wykonawcę samodzielnie lub przy udziale podwykonawcy (bez obowiązku udziału w realizacji zamówienia Oracle);
2.dokonania podziału zamówienia na części zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31 sierpnia 2020r. sygn. akt 1680/20.

W dniu 7 września 2020 r. wykonawca ASSECO POLAND S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławcze odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na zmianie z naruszeniem przepisów prawa postanowień SIWZ dokonanych w dniu 26 sierpnia 2020 r. w zakresie:

a.Zmian SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia w Rozdziale I SIWZ oraz § 1 ust. 1 Umowy poprzez wprowadzenie pojęć „Producenckie Konsultacje Eksperckie" i „Producencki Rozwój Aplikacji" oraz wynikających z nich zmian w Umowie;
b.Zmian SIWZ w zakresie postanowień § 12 „Warunki gwarancji".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że poprzez dokonanie ww. czynności naruszył następujące przepisy:

a.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy, w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;
b.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
c.art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
d.naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z ww. przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę zaskarżonych napisów w sposób określony w odwołaniu.

W dniu 7 września 2020 r. wykonawca COMARCH POLSKA S.A. wniósł odwołanie od czynności modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy dokonanej dnia 26 sierpnia 2020 r. - poprzez:

1. wprowadzenie do wzoru umowy zapisów czyniących wykonawcą świadczącym usługi konsultacji oraz rozwoju Aplikacji Ministerstwa Finansów, do których Zamawiający posiada majątkowe prawa autorskie (usługi określone w § 1 ust. 1 pkt 1.2 - 1.4.) jedynie jedną, konkretną firmę, tj. Oracle - jako „Producenta oprogramowania Oracle", co eliminuje możliwość świadczenia tych usług przez innych wykonawców, a co za tym idzie poprzez zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców mogących świadczyć te usługi do jednego podmiotu funkcjonującego na rynku, w sytuacji, gdy usługi te

mogłyby być świadczone przez nieograniczony krąg wykonawców, co stanowi jednocześnie naruszenie istoty trybu przetargu nieograniczonego, jako takiego, w którym udział może wziąć nieograniczony krąg wykonawców - czym naruszono art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp i art. 39 ustawy Pzp. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;

2. wprowadzenie zapisów sprowadzających rolę wykonawcy w realizacji usług konsultacji oraz rozwoju Aplikacji Ministerstwa Finansów, do których Zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe (usługi określone w § 1 ust. 1 pkt 1.2 - 1.4.), a także usług gwarancyjnych - do roli pośrednika, polegającej na „zapewnieniu" świadczenia tych usług wyłącznie (bezzasadnie) przez Oracle, co czyni zamówienie w tym zakresie umową o świadczenia przez osobą trzecią, uregulowaną w art. 391 kc. i sprowadza się do zobowiązania wykonawców do zachowań niepolegających na ich świadczeniu, z jednoczesnym:

a.pozostawieniem zobowiązań wykonawcy do realizowania określonych czynności w ramach tych usług,

b.pozostawieniem zapisów o odpowiedzialności kontraktowej (w tym kar umownych) na wykonawcy, pomimo że świadczenie usług przypisane jest wyłącznie Oracle i obarczeniem wykonawców całkowitą odpowiedzialnością za działania i zaniechania Oracle jako „Producenta oprogramowania Oracle" zdefiniowanego w umowie w zakresie czynności i aktów, na których podjęcie przez Oracle wykonawca nie ma żadnego wpływu, takich jak przeniesienie majątkowych praw autorskich do Zmian Aplikacji wykonanych przez Oracle jako ich twórcy

- co z jednej strony czyni SIWZ niejasnym i niejednoznacznym, z drugiej strony stanowi o uprzywilejowaniu przez Ministerstwo Finansów określonego producenta (firmę Oracle) poprzez zapewnienie mu monopolu na świadczenie tych usług i jednocześnie przerzucenie odpowiedzialności za ich nienależyte wykonywanie na wykonawców, co jednocześnie godzi w istotę kar umownych i zasad odpowiedzialności kontraktowej, wiążących sankcje za nienależyty wykonywanie usług z podmiotem który je świadczy i wreszcie - z uwagi na wprowadzoną w zakresie tychże usług konstrukcję świadczenia przez osobę trzecią (art. 391 kc.) - co stanowi klauzule niedopuszczalne nawet w ramach swobody umów, jako że w tych konkretnych warunkach należy uznać je za sprzeczne z naturą stosunku, ustawą (tu: Pzp.) oraz zasadami współżycia społecznego - czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353 [1] kc., 391 kc., 471 kc. i 483 kc. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp,

zarzucając naruszenie wskazanych powyżej oraz ewentualnie wymienionych w uzasadnieniu przepisów ustawy Pzp. i innych ustaw.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w odwołaniu.

W dniu 9 października 2020 r. Zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie, że uwzględnia odwołania w całości i dokona modyfikacji SIWZ we wskazanym w odwołaniach zakresie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :