

KOPIA

Kraków, dnia 30 czerwca 2013 r.

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



**Wykonawca:**

**Comarch Polska S.A.**  
al. Jana Pawła 39a, 31-864 Kraków  
tel. +48 12 646 10 00, faks +48 12 646 11 00  
e-mail: info@comarchpolska.pl

**Zamawiający:**

**Ministerstwo Sprawiedliwości**  
Aleje Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa  
Tel.: +48 225212334  
E-mail: jankowicz@ms.gov.pl  
faks + 48 22 52 12 353 lub + 48 22) 52 12 444  
adres internetowy: http://www.ms.gov.pl

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego obsługującego e-Płatności, realizowanego w ramach projektu „Wprowadzenie e-usług w resorcie sprawiedliwości” w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Priorytet V Dobre rządzenie, działanie 5.3 Wsparcie na rzecz realizacji Strategii Lizbońskiej na podstawie umowy z dnia 9 stycznia 2012 r. Nr POKL.05.03.00-00-011/11-00” (Ogłoszenie w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE TED nr 2014/S 116-205018 z dnia 19.06.2014 r.) Znak sprawy: BOF-II-3710-11/14.

**ODWOŁANIE**

Comarch Polska S.A. z siedzibą przy al. Jana Pawła 39a, 31-864 Kraków (dalej „**Odwołujący**”) na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (zwana dalej „**Ustawą**”) w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego obsługującego e-Płatności, realizowanego w ramach projektu „Wprowadzenie e-usług w resorcie sprawiedliwości” w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Priorytet V Dobre rządzenie, działanie 5.3 Wsparcie na rzecz realizacji Strategii Lizbońskiej na podstawie umowy z dnia 9 stycznia 2012 r. Nr POKL.05.03.00-00-011/11-00”, **wnosi niniejszym odwołanie od:**

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na sporządzeniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) w zakresie opisu



140630-01171

Michał Bugajło 1  
Kierownik ds. Kluczowych Klientów

przedmiotu zamówienia, w tym określenia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:**

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia, w tym określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:**

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym określenia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w sposób wskazany w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, tak aby zmodyfikowane zapisy SIWZ były zgodne z Ustawą.

**W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.**

**UZASADNIENIE:**

**I.**

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE TED nr 2014/S 116-205018 z dnia 19.06.2014 r. oraz z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej przedmiotowego postępowania, pobranej ze strony internetowej Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy Ustawy sporządzając SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym określenia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

**II.**

Jak wynika z SIWZ Rozdział III. „Opis przedmiotu zamówienia” pkt „5. Opis przedmiotu zamówienia:

*5.1 Przedmiotem Umowy jest zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie i serwis systemu e-Płatności, umożliwiającego: elektroniczną realizację płatności za usługi realizowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości, wpłacanie należności sądowych oraz zapłatę za zakup znaków opłaty sądowej poprzez: ...”*



Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, został zawarty w załącznikach do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

W załączniku nr 1a do SIWZ (Załącznik nr 1 do umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia) – Zamawiający określił „OPZ dla Systemu e-Płatności”. Na str. 45 tego dokumentu w rozdziale 2.10 Zamawiający określił następujące „Wymagania dla bloków architektonicznych”:

*System będzie zbudowany w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego i udostępnione przez niego w celu realizacji systemu e-Płatności. Możliwe do wykorzystania bloki architektoniczne zostały przedstawione w tabeli poniżej:*

<b>Oprogramowanie systemowe</b>	<b>Platforma sprzętowa/programowa</b>
<b>Usługi INFRASTRUKTURALNE</b>	
<b>Usługi systemów operacyjnych</b>	
Windows Server 2012	Serwery kasetowe x86
<b>Usługi wirtualizacyjne</b>	
VMware vSphere Hypervisor	Serwery kasetowe x86
<b>Usługi katalogowe</b>	
Microsoft ActiveDirectory	Serwery kasetowe x86
<b>Usługi bazodanowe</b>	
IBM DB2 for z/OS	IBM Mainframe/ z/OS
<b>Usługi replikacji danych</b>	
IBM Data Replication for DB2 z/OS	IBM Mainframe/ z/OS
<b>Usługi przetwarzania transakcyjnego</b>	
RedHat JBoss Enterprise Application Platform	Serwery kasetowe x86/ Windows Server 2008/2012
<b>Usługi szyny danych</b>	
SAP PI /SAP NetWeaver Process Integration/	Serwery kasetowe x86/ Windows Server 2008/2012
FUSE 6.X minimalnie	

W powyższy sposób Zamawiający sformułował wymagania dla bloków architektonicznych, zgodnie z którymi nowy system musi obligatoryjnie być zbudowany w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego i udostępnione przez niego w celu realizacji systemu e-Płatności.

Powyższe wymagania OPZ naruszają przepisy Ustawy. Zamawiający żąda wykonania przedmiotu zamówienia wyłącznie w określonej technologii, pomimo, iż istnieją inne rozwiązania pozwalające na otrzymanie systemu o podobnych funkcjonalnościach i jakości.

Dodać należy, iż Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż akurat technologia Mainframe IBM + SAP NetWeaver jest z jakichś względów dla niego najkorzystniejsza. Trudno też przyjąć, iż narzucenie technologii może być podyktowane jakimś istotnym interesem Zamawiającego ponieważ przedmiotem zamówienia nie jest rozbudowa istniejącego systemu. System e-Płatności będzie nowym systemem, budowanym od podstaw i nic racjonalnego nie stoi na przeszkodzie aby Zamawiający dopuścił możliwość budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne dostarczane przez Wykonawcę inne niż te będące w posiadaniu Zamawiającego.

Powyższe wymagania budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego niewątpliwie ograniczają konkurencję. Takie obligatoryjne wymagania oznaczają dopuszczenie do przedmiotowego zamówienia tylko takich wykonawców, którzy w porozumieniu z producentami posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury złożą ofertę. O możliwości złożenia oferty i ew. kolejności ofert w przedmiotowym postępowaniu będą decydować producenci bloków architektonicznych posiadanych przez Zamawiającego jak firma SAP i firma IBM.

Zamawiający działając we wskazany powyżej sposób zamyka rynek i dostęp dla firm, które są w stanie dostarczyć wymagany system oparty na rozwiązaniach innych firm konkurencyjnych. Gdyby wymagania budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego były wymaganiami nieobligatoryjnymi to możliwe byłoby złożenie oferty tańszej niż oferta złożona przez firmę oferującą rozwiązania oparte na technologii producentów infrastruktury posiadanej przez Zamawiającego. Tworzenie monopolu dla takich firm jak SAP i IBM nie służy obniżaniu cen.

Zamawiający powinien być zainteresowany w uzyskaniu konkretnych funkcjonalności i parametrów technicznych systemu, a nie tym aby należało zaoferować konkretne produkty.

Warto zwrócić uwagę, iż w SIWZ w Rozdziale V Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczące systemu informatycznego realizującego obsługę płatności z wykorzystaniem sieci Internet (płatności elektroniczne) nie stawiając ograniczeń dotyczących oparcia takiego systemu na określonych blokach architektonicznych (określonych producentów). Zamawiający wymaga więc doświadczenia w postaci np. wdrożenia systemu „*który obsługuje natężenie transakcji płatniczych przekraczające 6000 unikalnych i kompletnych transakcji płatniczych na godzinę*”, doskonale zdając sobie sprawę, że do uzyskania takiego parametru nie jest konieczne wykorzystywanie dokładnie takich bloków architektonicznych co posiadane przez Zamawiającego.

Odwołujący dysponuje niezbędną doświadczeniem i wiedzą. Do realizacji opisanego systemu informatycznego mogą być zastosowane technologie informatyczne powszechnie dostępne na rynku, zasadniczo inne niż wymagane przez Zamawiającego. Mogą być przykładowo wykorzystane komercyjne systemy zarządzania bazą danych (usługi bazodanowe) firmy ORACLE, serwer aplikacyjny Apache Tomcat (wolne oprogramowanie) zapewniający przetwarzanie transakcyjne i replikację danych, platforma sprzętowa zbudowana w oparciu o serwery klasy x86. Rozwiązanie może być z powodzeniem oparte o inną platformę sprzętowo/programową niż wskazaną przez Zamawiającego. Zastosowane urządzenia i oprogramowanie mogą spełniać wszystkie wymagania w zakresie wydajności, bezpieczeństwa i funkcjonalności.



Należy zatem stwierdzić naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia, w tym określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W art. 29 ust. 2 Ustawy mowa jest o tym, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten należy interpretować w odniesieniu do art. 7 ust. 1 Ustawy statuującego zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Te zasady mają gwarantować dostęp do zamówień publicznych na równych prawach wszystkim podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia.

Zgodnie z wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 285/09, KI/UZP 300/09, KIO/UZP 303/09, „KIO zważyła, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów.”

Z kolei stosownie do wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08, „Treść art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc bowiem pod uwagę treść art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.”

Również w wyroku z dnia 30 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1463/08, Krajowa Izba Odwoławcza zajęła podobne stanowisko stwierdzając, że „Art. 29 ust. 2 ustawy postuluje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym.”

W uzasadnieniu wyroku z dnia 14 sierpnia 2013 r. (sygn. akt KIO 1819/13, KIO 1935/13, KIO 1839/13), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła m.in., iż:

- „obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z należytą starannością oznacza m.in. takie kształtowanie procesu szeroko pojętego udzielania zamówienia publicznego, aby było ono konkurencyjne w możliwie największym stopniu.”

- „jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, system (...) będący przedmiotem zamówienia ma być budowany od podstaw. Przedmiotem zamówienia nie jest zatem rozbudowa istniejącego systemu, co mogłoby pociągać za sobą pewne ograniczenia w zastosowaniu oprogramowania lub sprzętu innych producentów lub wykonawców. W ocenie Izby, w przypadku systemu całkowicie nowego, za słuszne należy uznać stanowisko odwołujących, iż zamawiający powinien być zainteresowany w uzyskaniu konkretnych parametrów technicznych systemu oraz funkcjonalności, a nie produktów określonej firmy.”
- „warunki zamówienia ukształtowane przez zamawiającego nie mogą prowadzić do sytuacji, gdy jeden producent na rynku może decydować o tym, który z wykonawców uczestniczących w postępowaniu złoży najkorzystniejszą ofertę w odniesieniu do ww. kryterium oraz jaką cenę zaoferuje”.

Z związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu - dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez:

- modyfikację załącznika nr 1a do SIWZ (Załącznik nr 1 do umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia) – „OPZ dla Systemu e-Płatności” rozdział 2.10 „Wymagania dla bloków architektonicznych”, w ten sposób, aby postawione tam wymagania były wymaganiami nieobligatoryjnymi tj. aby System mógł, ale nie musiał być zbudowany w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego i udostępnione przez niego w celu realizacji systemu e-Płatności.

- modyfikację SIWZ w ten sposób, aby Zamawiający dopuścił możliwość budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne dostarczane przez Wykonawcę inne niż te będące w posiadaniu Zamawiającego;

- modyfikację SIWZ poprzez usunięcie z SIWZ wszelkich zapisów wymagających obligatoryjnego wykorzystania bloków architektonicznych będących w posiadaniu Zamawiającego / obligatoryjnej budowy systemu w oparciu o bloki architektoniczne będące w posiadaniu Zamawiającego.

### III.

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu, na złożenie oferty, a tym samym na wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Należy również stwierdzić, że wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy. Efektem naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Ustawy, może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.



Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

Z uwagi na powyższe niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z poważaniem;

**Michał Bugajło**  
*Michał Bugajło*  
Kierownik ds. Kluczowych Klientów

Przedstawiciel Odwołującego zgodnie z  
pełnomocnictwem podpisanym zgodnie z  
reprezentacji (odpisy aktualne z KRS oraz pełnomocnictwa  
zał. do odwołania).

31-864 Kraków, Al. na Pawła II 39.A  
Comarch Polska  
Spółka Akcyjna  
NIP: 6751387586  
REGON: 1420705696

**Załączniki.**

1. odpis aktualny z KRS Odwołującego,
2. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
4. dowód uiszczenia wpisu.