

**Sygnalizuj nieprawidłowości w przetargu**sygnalista@zus.pl993200/271/IN - 605/2018Do Wykonawców oraz na stronę
internetową Zamawiającego www.zus.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę i wdrożenie macierzy dyskowych dla platformy Mainframe oraz świadczenie usług serwisu przez maksymalnie 72 miesiące; postępowanie nr TZ/271/32/18.

Informacja o wniesionym odwołaniu

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) Zamawiający informuje o wniesieniu w dniu 21 września 2018 r. przez COMPAREX Poland Sp. z o.o., Równoległa 2, 02-235 Warszawa odwołania wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i przekazuje jego kopię (w załączeniu).

W związku z powyższym, na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa Państwa do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego odwołania.

DYREKTOR
Departamentu Zamówień Publicznych

Izabela Kernas

Osoba prowadząca sprawę:
Joanna Bąk
Główny Specjalista, Departament Zamówień Publicznych
T: +48 22 667 17 29;
E: joanna.bak@zus.pl

Warszawa, dnia 20 września 2018 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Urzędzie Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa**

Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych,
ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa
tel.: +48 226671704, Faks: +48 226671733Kod, E-mail:
SekretariatDZP@zus.pl.

Odwołujący: Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa, tel. +48
22 578 19 00, fax: +48 22 578 19 30, e-mail:
@comparex.pl

Przedmiot zamówienia: Przedmiotem zamówienia jest: „Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych dla platformy Mainframe oraz świadczenie usług serwisu przez maksymalnie 72 miesiące” Numer referencyjny: TZ/271/32/18 (zwane dalej „Postępowaniem”)

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust.2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („Ustawa”) Odwołujący wnosi odwołanie wobec treści pkt 3.8 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 Istotne Postanowienia Umowy do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w treści:

„Wykonawca zapewnia, że dostarczone Urządzenia, po zakończeniu Umowy będą mogły być nadal użytkowane i serwisowane bez wsparcia Wykonawcy i producenta, w szczególności, że dalsze ich użytkowanie i serwisowanie nie będzie uzależnione od posiadania dodatkowych uprawnień i informacji, w tym kodów serwisowych bądź autoryzacyjnych, za które Zamawiający będzie musiał zapłacić dodatkowe wynagrodzenie. W przypadku gdy Wykonawca nie dotrzyma powyższego zobowiązania, Zamawiający będzie uprawniony do obciążenia Wykonawcy kosztami nabycia niezbędnych do dalszego użytkowania Urządzeń uprawnień, informacji bądź licencji.”

B. J.



Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

Art. 29 ust.1 Ustawy poprzez naruszenie obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opis przedmiotu zamówienia umożliwiającego identyfikacji oczekiwań zamawiającego i sformułowania oferty;

Wnioski odwołania:

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 3.8 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy.
- 2) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w Uzasadnieniu odwołania oraz będących przedmiotem wniosków dowodowych zgłoszonych na rozprawie;

Interes we wniesieniu odwołania i możliwa szkoda Odwołującego

Odwołujący jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych Ustawą z ponieważ zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu i ubiegać się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. Tymczasem treść pkt 3.8 Załącznik nr 2 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy powodują niemożność ustalenia zakresu świadczeń koniecznych do zrealizowania zamówienia co powoduje niemożność przygotowania i złożenia oferty.

W konsekwencji w świetle niemożności złożenia oferty oraz przy niesymetrycznej pozycji wykonawców Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z zaskarżonych czynności w postaci nieuzyskania zamówienia wynikającego z konieczności skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem elementów kalkulacyjnych których część wykonawców nie będzie musiała uwzględnić.

Termin wniesienia odwołania

SIWZ został opublikowany na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 13 września 2018 roku, zatem odwołanie wniesiono w terminie przewidzianym w art. 182 ust.2 pkt. 1) Ustawy.

UZASADNIENIE

A. STAN FAKTYCZNY

Przedmiotem zamówienia objętego Postępowaniem jest dostawa macierzy (specjalistycznych informatycznych urządzeń przetwarzania danych), a także udzielenie Gwarancji Wykonawcy i Usług Wsparcia.

Gwarancja Wykonawcy została zdefiniowana w Załączniku nr 2 do SIWZ („Wzór Umowy”) jako własna gwarancja jakości wykonawcy (tj. gdzie gwarantem jest wykonawca) a zakres gwarancji obejmuje dokonywanie napraw dostarczonych macierzy poprzez dostarczenie Rozwiązania Końcowego.

/dowód: Załącznik nr 2 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia („OPZ”)/

Przez Rozwiązanie Końcowe Wzór umowy rozumie:

„Przywrócenie Macierzy do technicznej sprawności sprzed wystąpienia Incydentu, w szczególności poprzez naprawę Urządzeń lub błędów Oprogramowania Mikrokodowego lub oprogramowania do zarządzania, monitorowania i raportowania, zastosowanie poprawki, pakietu poprawek lub innej

BA



aktualizacji, lub wykonanie innych czynności, które będą skutkować usunięciem Incydentu i przywróceniem prawidłowego działania Macierzy. W uzasadnionych przypadkach, za zgodą Zamawiającego Rozwiązanie Końcowe może zostać zastąpione wdrożeniem Obejścia.”

/dowód: *Wzór Umowy -definicja Rozwiązania Końcowego/*

Treść definicji (której autorem jest Zamawiający jako autor SIWZ) przesądza, iż do realizacji zobowiązań gwarancyjnych wykonawcy konieczne ingerowanie w Oprogramowanie Mikrokodowe oraz oprogramowania do zarządzania, monitorowania i raportowania w postaci zastosowania poprawki, pakietu poprawek lub aktualizacji. Odwołujący także uznaje, iż dla prawidłowego wykonywania zobowiązań gwarancyjnych konieczne jest zapewnienie dostępności stosownych poprawek i aktualizacji do oprogramowania, których producentem jest producent samej macierzy lub licencjodawcy producenta macierzy. Okres Gwarancji Wykonawcy wynosi 36 miesięcy gdzie na mocy prawa opcji Zamawiający jest uprawniony do zwiększenia okresu Gwarancji Wykonawcy do 72 miesięcy.

/dowód: *Wzór Umowy/*

Konsekwencją konieczności zapewnienia dostępności poprawek programowych dla w/w oprogramowania są następujące wymagania OPZ dla macierzy:

- 1/ poz.42 dla macierzy A i B,
 - 3/ poz. 33 dla macierzy C
- gdzie zawarto identyczne wymagania, cyt:

„Dostarczone przez wykonawcę licencje muszą być udzielone na czas nieograniczony i zapewniać serwis producenta oprogramowania co najmniej na czas obowiązywania Gwarancji Wykonawcy.

/dowód : *OPZ/*

Zamawiający powyższymi wymaganiami potwierdza silny funkcjonalny związek pomiędzy serwisu/wsparcia producenta z okresem Gwarancji Wykonawcy jako warunku koniecznego do prawidłowego wykonania zobowiązań gwarancyjnych wykonawcy

Wykonawca w ramach zamówienia jest zobowiązany także do zapewnienie Usługi Wsparcia. w ramach których (Rozdział VI pkt 2 OPZ) polegających na:

- 1) *Udostępnieniu, dostarczeniu oraz wgraniu zmian w Oprogramowaniu Mikrokodowym, w tym poprawek, aktualizacji i nowych wersji. Wykonawca oceni potrzeby ich implementacji w środowisku Zamawiającego oraz zaimplementuje te zmiany w przypadku uzasadnionej potrzeby lub na żądanie Zamawiającego, każdorazowo wyłącznie za zgodą Zamawiającego. Usługa musi być świadczona w sposób nienaruszający praw autorskich producenta Oprogramowania Mikrokodowego. W celu zagwarantowania spełnienia niniejszego wymagania Wykonawca winien posiadać dostęp do poziomów wsparcia producenta (m.in. dostęp do laboratoriów, fabryk oraz grup deweloperskich producenta urządzeń). Wykonawca na żądanie Zamawiającego przedstawi Zamawiającemu oświadczenie producenta sprzętu o dostępie do wsparcia producenta.*
- 2) *Bezprzerwowej instalacji aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania Mikrokodowego w terminach uzgodnionych z Zamawiającym, również w ramach wykonywania Naprawy. Wykonawca zapewni integrację i współpracę z pozostałymi urządzeniami środowiska Mainframe zgodnie z zaleceniami ich producentów.*

BA



/dowód : OPZ/

Okres Wsparcia Wykonawcy wynosi 36 miesięcy, gdzie na mocy prawa opcji Zamawiający jest uprawniony do zwiększenia okresu Wsparcia Wykonawcy do 72 miesięcy.

Odwolujący uznaje, iż wymagania OPZ są racjonalne albowiem prawidłowo adresują rolę wsparcia producenta w procesie serwisowania macierzy oraz wykonywania przez wykonawcę zobowiązań gwarancyjnych poprzez postawienie znaku równości pomiędzy okresem gwarancji a okresem wsparcia producenta macierzy. W konsekwencji każdy wykonawca dokonując wyceny oferty musi uwzględnić konieczność dokonania wykupu wsparcia producenta obejmującego legalną subskrypcję oprogramowania macierzy na cały okres obowiązywania Usługi Wsparcia i Gwarancji czyli na okres pierwszych 36 miesięcy oraz kolejnych lat do maksymalnie lat 6 (72 miesięcy).

B. Zarzut naruszenia art. 29 ust.1 Ustawy.

Zaskarżony pkt 3.8 Wzoru Umowy brzmi:

„Wykonawca zapewnia, że dostarczone Urządzenia, po zakończeniu Umowy będą mogły być nadal użytkowane i serwisowane bez wsparcia Wykonawcy i producenta, w szczególności, że dalsze ich użytkowanie i serwisowanie nie będzie uzależnione od posiadania dodatkowych uprawnień i informacji, w tym kodów serwisowych bądź autoryzacyjnych, za które Zamawiający będzie musiał zapłacić dodatkowe wynagrodzenie. W przypadku gdy Wykonawca nie dotrzyma powyższego zobowiązania, Zamawiający będzie uprawniony do obciążenia Wykonawcy kosztami nabycia niezbędnych do dalszego użytkowania Urządzeń uprawnień, informacji bądź licencji.”

Powyższe oświadczenie oraz zobowiązanie nie są ograniczone w czasie, lecz z pewnością dotyczą one okresu następującego po zakończeniu Gwarancji Wykonawcy i Usług Wsparcia.

Oświadczenie w treści *„Wykonawca zapewnia, że dostarczone Urządzenia, po zakończeniu Umowy będą mogły być nadal użytkowane i serwisowane bez wsparcia (...) producenta, w tym kodów serwisowych bądź autoryzacyjnych, za które Zamawiający będzie musiał zapłacić dodatkowe wynagrodzenie”* oznaczałoby, iż Zamawiający po zakończeniu nie będzie potrzebował wsparcia producenta urządzeń w zakresie jakim konieczne jest ono do prawidłowego użytkowania i lub serwisowania urządzenia.

Konsekwencją nieprawdziwości zapewnienia wykonawcy składanego w pkt 3.8 wzoru Umowy jest odpowiedzialność finansowa wykonawcy za wszelkie wydatki jakie Zamawiający poczyni w celu uzyskania niezbędnego wsparcia producenta cyt: *„W przypadku gdy Wykonawca nie dotrzyma powyższego zobowiązania, Zamawiający będzie uprawniony do obciążenia Wykonawcy kosztami nabycia niezbędnych do dalszego użytkowania Urządzeń uprawnień, informacji bądź licencji.”*

Tymczasem już w świetle okoliczności opisanych w pkt A Uzasadnienia Odwołania jest oczywiste iż wsparcie producenta jest niezbędne dla prawidłowego utrzymania i serwisowania macierzy, co potwierdza Zamawiający wyraźnie określając w SIWZ) swoje wymogi w zakresie wymaganego zakresu wsparcia producenta, w tym w szczególności w zakresie uprawnień do nowych wersji uaktualnień oprogramowania macierzy, a także oczywiste jest iż takie wsparcie nie jest bezpłatne.

PS/A



Wobec powyższego niezależnie od konieczności dokonania wyceny Gwarancji Wykonawcy i Usług Wsparcia dla okresu 72 miesięcy wykonawca w celu uchylenia się od odpowiedzialności finansowej wynikającej z nieprawdziwości oświadczenia z pkt 3.8 Wzoru Umowy musi wliczyć w cenę oferty takie świadczenia jakie zapewnią prawdziwość oświadczenia wykonawcy z pkt 3.8. Sprowadza się to do konieczności wyceny w ofercie wsparcia producenta na kolejne lata począwszy od 7 roku eksploatacji macierzy. Jednak Wykonawca nie może dokonać wyceny dalszego wsparcia producenta (wsparcie ciągle) gdyż:

1/ okres eksploatacji macierzy objęty zapewnieniem wykonawcy z pkt 3.8 Wzoru Umowy nie jest ograniczony terminem zatem brak danych w zakresie liczby lat wsparcia jakie należałoby skalkulować,

2/ uzyskanie wyceny takiego wsparcia oraz wiążącej oferty producenta na okres 6 lat naprzód dla niezidentyfikowanego nieznanego okresu eksploatacji nie jest możliwe

W opinii Odwołującego aktualna treść SIWZ z wyłączeniem pkt 3.8 Wzoru umowy zapewnia Zamawiającemu bezpieczeństwo przez wzrostem kosztów serwisu macierzy na okres 6 lat co jest okresem wystarczającym.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Odwołujący:



W załączeniu:

- 1) odpis z KRS Odwołującego,
- 2) pełnomocnictwo
- 3) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł,
- 4) potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

