

Warszawa, dnia 2 lipca 2024 r.

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

Zamawiający: **Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka**
– Centrum Medycyny Ratunkowej
ul. gen. A. E. Fieldorfa 2, 54-049 Wrocław
tel. (71) 306-44-19
e-mail: zp@szpital-marciniak.wroclaw.pl

Odwołujący: **SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą**
w Warszawie
ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa
KRS: 0000065743
tel.: (22) 812-58-98, fax: (22) 815-49-83
e-mail: simple@simple.com.pl
reprezentowana przez
r. pr. Wojciecha Sobejko i r. pr. Dariusza Ćwika
Ćwik i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci
al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa
e-mail: kancelaria@cwik.pl

Dotyczy: *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. Dostawa i rozbudowa systemu ERP wraz ze świadczeniem opieki serwisowej (EZ/620/EI/24), zwanego dalej: „Postępowaniem”.*

ODWOŁANIE

Przedmiot zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i rozbudowa systemu ERP oraz świadczenie opieki serwisowej.

Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych o nr 2024/BZP 00386028/01 w dniu 27 czerwca 2024 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/946303>.

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie przepisów art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie w Postępowaniu od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

- 1) **art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców wskutek braku podziału zamówienia na części w zakresie wyróżnionych w opisie przedmiotu zamówienia dwóch etapów jego realizacji, tj.: 1) świadczenia opieki serwisowej dla posiadanego systemu informatycznego ERP (dalej: „Etap I”) oraz 2) rozbudowy systemu informatycznego ERP (dalej: „Etap 2”), podczas gdy są to dwie odrębne, niezależne od siebie części zamówienia, które w rzeczywistości, wbrew uzasadnieniu Zamawiającego, nie stanowią „nierozzerwalnej całości”, a dla prawidłowej realizacji zamówienia nie jest konieczne wykonanie całego zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę, co wpływa na obiektywnie bezpodstawne ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do realizacji wyłącznie w zakresie Etapu I albo Etapu 2;
- 2) **art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców, bowiem Zamawiający ustanowił wymogi realizacji Etapu I w ten sposób, że faworyzują one partnerów biznesowych producentów posiadanych przez Zamawiającego systemów informatycznych ERP, podczas gdy ograniczenie do określonego rodzaju producentów nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, co narusza uczciwą konkurencję, tj. znacząco ogranicza krąg wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu;
- 3) **art. 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj.:
 - a) opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, że spełnienie wszystkich warunków zamówienia będzie możliwe tylko wtedy, gdy wykonawca przedstawi ofertę w oparciu o posiadany przez Zamawiającego system informatyczny ERP (Enova365), co w praktyce prowadzi do wyeliminowania możliwości zaoferowania, dostarczenia i wdrożenia wszystkich innych systemów informatycznych klasy ERP, w sytuacji w której, obiektywnie możliwym i zaspokajającym uzasadnione potrzeby Zamawiającego, byłoby umożliwienie zaoferowania dostarczenia licencji innego oprogramowania i jego wdrożenie, które

to oprogramowanie spełniałoby wymagania funkcjonalne systemu określone w SWZ,

- b) wprowadzające w błąd określenie zakresu funkcjonalności, jakie powinny posiadać dostarczane oprogramowanie – Zamawiający bowiem w części poświęconej opiece serwisowej posiadanych systemów informatycznych ERP wskazuje, że posiada moduł dot. planowania pracy, jednak w części dot. dostawy nowego systemu wskazuje, że dostarczany system ma dotyczyć planowania czasu pracy (zatem zakresy tych systemów w sposób oczywisty się pokrywają), podczas gdy zawarta w OPZ definicja Systemu (Oprogramowania) wskazuje, że ma on mieć funkcje związane z księgowością, czy finansami, a tym sam, taki sposób określenia funkcjonalności oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia, który z jednej strony zdaje się dotyczyć planowania pracy, a z drugiej strony, odmiennie, wymaga zapewnienia obsługi finansów czy księgowości, w praktyce uniemożliwia wykonawcom jednoznaczną identyfikację wymogów Zamawiającego w tym zakresie, a także sporządzenie i sformułowanie porównywalnych ofert,
- c) przez ustanowienie wymogu integracji dostarczanego oprogramowania z innymi systemami informatycznymi ERP, przy jednoczesnym braku określenia odpowiedzialności stron (Zamawiającego, Odwołującego, producentów poszczególnych systemów) za poszczególne czynności związane z integracją, z zachowaniem zasady równości stron, tj. poprzez przeniesienie w całości odpowiedzialności za przeprowadzenie integracji na wykonawcę zamówienia, w sytuacji, gdy przeprowadzenie integracji z obecnie utrzymywanym systemem informatycznym wymaga m.in. współpracy z dotychczasowymi dostawcami systemów informatycznych (producentami), w których interesie (jako podmiotów konkurencyjnych), w sytuacji braku zapewnienia obowiązku współpracy wszystkich stron przez Zamawiającego, nie pozostaje, aby przyszły wykonawca dokonał integracji oprogramowania oraz zrealizował należycie zamówienie.

Wobec powyższego wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności:
 - a) unieważnienia Postępowania;
 - b) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 1 lit. a, zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentacji Postępowania poprzez:
 - podział zamówienia na dwie części, tj. na Etap I oraz Etap II oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych na jedną lub wszystkie części,
 - sprecyzowanie zakresu funkcjonalności, jakie powinno posiadać dostarczane oprogramowanie w sposób umożliwiający ich identyfikację

oraz sporządzenie oferty uwzględniającej wszystkie niezbędne do zapewnienia moduły,

- przewidzenie w projektowanych postanowieniach umownych postanowień uniemożliwiających obciążenie przyszłego wykonawcy odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie integracji systemu ERP, wynikające z przyczyn niezależnych od przyszłego wykonawcy, a zależnych od innych dostawców bądź Zamawiającego,

2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W razie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności, o których mowa we wnioskach wskazanych powyżej.

Termin do wniesienia odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 czerwca 2024 r. Zgodnie z treścią art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, termin do wniesienia odwołania od treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego upływa po 5 dniach od jego zamieszczenia w BZP. Termin 5 dni na wniesienie odwołania od ogłoszenia wszczynającego Postępowanie upływa w dniu 2 lipca 2024 r. Tym samym, przedmiotowe odwołanie jest wnoszone w terminie.

Legitymacja do wniesienia odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie wdrażania systemów informatycznych typu ERP dla podmiotów prowadzących działalność leczniczą, a więc potencjalnym wykonawcą tego zamówienia. Mając więc na uwadze, że postanowienia SWZ oraz OPZ, zgodnie z twierdzeniami zawartymi w odwołaniu, sformułowane są w sposób niezgodny z ustawą Pzp i uniemożliwiający Odwołującemu dostęp do uzyskania zamówienia, może powstać po stronie Odwołującego szkoda w postaci utraty możliwości osiągnięcia zysku, jaki wiązałby się z jego wykonaniem. Tak postrzegany interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody dają legitymację Odwołującemu do wniesienia odwołania.

Uzasadnienie

[uzasadnienie zarzutu nr 1]

Zamawiający nie zdecydował się w przypadku prowadzonego Postępowania na skorzystanie z uprawnienia zawartego w treści art. 91 ust. 1 ustawy Pzp do dokonania podziału zamówienia na części. Powyższą decyzję, stosownie do obowiązku z art. 91 ust. 2

ustawy Pzp, Zamawiający uzasadnił w treści pkt III ppkt 6 SWZ wskazując m.in., że przedmiotowe zamówienie ze względów organizacyjnych, technicznych i ekonomicznych tworzy nierozzerwalną całość, a ich wykonanie przez jednego wykonawcę ma zapewnić dokładność, integralność oraz terminowość realizacji zamówienia.

Argumentom Zamawiającego zawartym w przytoczonym pokrótce postanowieniu SWZ zdaje się jednak przeczyć pozostała część dokumentacji Postępowania, w szczególności konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem wyraźnie w treści OPZ, przy okazji uregulowania Opisu Realizacji Zamówienia, rozdzielił przedmiotowe zamówienie na dwa główne etapy - 1) Świadczenie opieki serwisowej dla posiadanego Systemu ERP (Etap I) oraz 2) Rozbudowa Sytemu ERP (Etap 2). Pierwsza część obejmuje przede wszystkim świadczenie bieżących usług serwisowych, jak również zapewnieniu dostępu do nowych wersji posiadanych modułów system informatycznego ERP druga skupia się na dostawie nowych modułów systemu z których rzekomo Zamawiający nie korzysta. Oba Etapy postępowania obejmują zatem swym zakresem dwa odrębne, niezależne rodzaje czynności, które faktycznie mogłyby być przedmiotem odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest więc tak, jak twierdzi Zamawiający, że wskazane powyżej 2 etapy Postępowania stanowią nierozzerwalną całość.

Należy ponadto uznać, że niepodzielenie zamówienia na części w sposób istotny ogranicza konkurencję w ramach przedmiotowego Postępowania. Zamawiający bowiem łącząc dostawę zupełnie nowych modułów systemu informatycznego ERP z usługami serwisowymi (oraz zapewnieniu aktualizacji) dla już posiadanych modułów, w sposób jednoznaczny faworyzuje wykonawców rzeczywistości jednego Wykonawcę z konkretnej grupy kapitałowej, którzy są stałymi partnerami biznesowymi producentów poszczególnych modułów. Wskazać to należy na przykładzie pozycji 4. Wykazu modułów objętych usługami dostępu do nowych wersji i usług serwisowych. Producentem systemu „PLANOWANIE PRACY” jest NEXAR. Partnerami wskazanego producenta są wyłącznie podmioty z jednej grupy kapitałowej w tym wskazany wykonawca tj. KONSULTANT IT, do której należy również wykonawca Konsultant Komputer sp. z o.o., który świadczył w przeszłości, jak i świadczy obecnie usługi serwisowe w zakresie systemów informatycznych ERP na rzecz Zamawiającego:

dowody:

- 1) *wydruki z KRS NEXAR, KONSULTANT IT oraz Konsultant Komputer sp. z o.o.;*
- 2) *informacja z dnia 9 października 2018 r. o rozstrzygnięciu postępowania nr EZ/590/EI/18;*
- 3) *informacja z dnia 10 kwietnia 2024 r. o rozstrzygnięciu postępowania nr EZ/202/EI/24.*

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że jedynym wykonawcą, który będzie mógł świadczyć usługi serwisowe dla modułu systemu informatycznego ERP „PLANOWANIE

PRACY” autorstwa NEXAR, na wymaganym przez Zamawiającego poziomie, są spółki z grupy Kapitałowej Konsultant IT która jest stałym partnerem biznesowym danego producenta, co oznacza, że wykonawca ten ma zdecydowaną, obiektywnie nieuzasadnioną, przewagę konkurencyjną nad innymi, potencjalnie zainteresowanymi przedmiotowym zamówieniem wykonawcami. Wyłączenie możliwości składania ofert częściowych w Postępowaniu, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w treści SWZ, w sposób znaczący ogranicza zatem konkurencję w ramach przedmiotowego zamówienia. Uniemożliwia ono bowiem wykonawcom niepowiązanym z producentami posiadanych przez Zamawiającego modułów systemu informatycznego ERP złożenie oferty w Postępowaniu oraz uniemożliwia konkurencję z partnerami biznesowymi producentów na polu 2. etapu realizacji zamówienia, tj. dostawy zupełnie nowego modułu do oprogramowania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy uznać więc należy, że decyzja o braku podziału zamówienia na części godzi w podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ukonstytuowane w treści art. 16 ustawy Pzp, a w szczególności narusza obowiązek Zamawiającego do zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równości w ramach prowadzonego Postępowania.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, zwana dalej: „Izbą” lub „KIO”, w wyroku z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1241/17: *„Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe.”*. Należy uznać, że w przedmiotowym Postępowaniu istnieją obiektywne przesłanki do dokonania podziału zamówienia, w szczególności z uwagi na fakt, że dwa wyszczególnione przez Zamawiającego w treści OPZ etapy realizacji zamówienia w sposób wyraźny różnią się między sobą i są opatrzone innymi wymogami.

Jak nadto wskazała Izba w uchwale z dnia 17 lutego 2022 r., sygn. akt KIO/KD 8/22,

suwerenna decyzja Zamawiającego co do podziału zamówienia na części jest zasadą, jednak „Złamanie tej zasady może nastąpić jedynie w przypadku naruszenia uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania stron.”.

[uzasadnienie zarzutu nr 2]

I. pozorna dopuszczalność dostawy oprogramowania równoważnego do tego, aktualnie posiadanego przez Zamawiającego (Enova365).

Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako *Świadczenie opieki serwisowej oraz rozbudowa systemu ERP*. W treści Ogólnego Opisu Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający wskazał:

Jeżeli w przedmiocie zamówienia Zamawiający wskazuje markę, bądź wskazane są znaki towarowe, patenty lub źródło pochodzenia (nazwa producentów), postanowienia te należy odczytywać, jako określenie wymaganych cech funkcjonalnych i jakościowych, a Wykonawca ma każdorazowo prawo zastosowania rozwiązania nie gorszego niż te, które zostało zastosowane lub użyte przez Zamawiającego. Wszelkie nazwy własne użyte w opisach przedmiotu zamówienia, określają wymagany standard, jakości towarów i usług. Dopuszcza się możliwość przedstawienia w ofercie rozwiązań równoważnych o walorach nie gorszych niż opisane w SWZ.

Za równoważne uznaje się rozwiązania, jak również elementy, materiały, urządzenia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych, które zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Istotne dla Zamawiającego cechy i parametry, to takie, które pozwolą zachować wszystkim systemom, urządzeniom, wyrobom, parametry i cechy pozwalające przede wszystkim na prawidłową współpracę z innymi systemami i/lub urządzeniami i/lub wyrobami w sposób założony przez Zamawiającego oraz pozwalające przy tym uzyskać parametry nie gorsze od założonych w SWZ. Ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy.

Jak więc wynika z wyżej przytoczonej treści Ogólnego Opisu Przedmiotu Zamówienia, co do zasady, przedmiot zamówienia składa się z dwóch elementów:

- 1) zapewnienia usług serwisowych w ramach już posiadanych przez Zamawiającego modułów systemu informatycznego ERP oraz
- 2) rozbudowy tego oprogramowania poprzez dostarczenie i uruchomienie nowego modułu.

Zamawiający ponadto wyraźnie akcentuje we wstępnej części opisu przedmiotu zamówienia, że dopuszcza możliwość przedstawienia w ofercie rozwiązań równoważnych,

co gwarantowałoby uczciwą konkurencję dla tych wykonawców, którzy nie są powiązani w żaden sposób z producentami tych modułów oprogramowania oraz tego systemu informatycznego ERP, którymi dysponuje obecnie Zamawiający.

Należy jednak uznać, że treść Ogólnego Opisu Przedmiotu Zamówienia nie pokrywa się z opisem zawartym w dalszej części OPZ. Regulując bowiem drugi etap realizacji zamówienia, tj. rozbudowę systemu ERP, Zamawiający jednoznacznie zaznaczył, że: *„W wyniku rozbudowy systemu w jednostce Zamawiającego mają zostać zainstalowane dodatkowe obszary funkcjonalne systemu Enova365, które będą stanowiły rozszerzenie posiadanego przez Zamawiającego Systemu, w poniższym zakresie (...)”*. Zamawiający wskazuje więc konkretny system informatyczny ERP, konkretnego producenta (Enova365, autorstwa SONETA sp. z o.o.), z którym powiązany ma zostać dostarczany, nowy moduł oprogramowania. Zamawiający tym samym zdaje się zatem ignorować fakt, że już teraz jego system informatyczny ERP składa się z modułów autorstwa różnych producentów – zgodnie bowiem z tabelą „WYKAZ MODUŁÓW OBJĘTYCH USŁUGAMI DOSTĘPU DO NOWYCH WERSJI I USŁUG SERWISOWYCH” dot. pierwszego etapu realizacji zamówienia, tj. świadczenia opieki serwisowej dla posiadanego systemu ERP, na system ten składają się moduły nie tylko w systemie Enova365, ale również moduł w systemie PLANOWANIE PRACY, autorstwa NEXAR. Ponadto, dalsza treść OPZ jednoznacznie wyklucza przedstawienie modułu w systemie równoważnym do Enova365. Chociażby postanowienia dot. gwarancji dostarczanego modułu (Rozdział II, pomiędzy ust. 5 a 6 – str. 33 OPZ), stanowią, że: *„Powyższe moduły rozbudowywane w ramach przedmiotowego postępowania mają zostać objęte ŚWIADCZENIEM OPIEKI SERWISOWEJ DLA POSIADANEGO SYSTEMU ERP, o których mowa w Rozdziale I niniejszego dokumentu.”*. Tym samym, w praktyce nie jest możliwe przedstawienie przez Odwołującego rozwiązań równoważnych, gdyż opiekę serwisową zarówno dla nowych, jak i już posiadanych modułów mogą w praktyce przedstawić wyłącznie wykonawcy powiązani w ten czy inny sposób z producentami systemów poszczególnych modułów, co tak jak w przypadku pierwszego etapu realizacji zamówienia, narusza uczciwą konkurencję, gdyż faworyzuje określoną grupę wykonawców.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy bowiem m.in. rozbudowy systemu informatycznego klasy ERP, a więc systemu obsługującego tzw. administracyjną działalność Zamawiającego. Obecnie, u Zamawiającego wdrożony jest system ERP Enova365 w obszarze kadrowo-płacowej jednak system ten zawiera także moduły autorstwa innych producentów (np. w systemie PLANOWANIE PRACY). System informatyczny ERP Zamawiającego już teraz składa się zatem z co najmniej kilka systemów informatycznych tego rodzaju. Poza systemem PLANOWANIE PRACY, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu pominął fakt, że funkcjonuje u niego również system autorstwa Odwołującego, tj. Simple.ERP. w obszarach w większości będących przedmiotem postępowania w zakresie rozbudowy.

dowód:

- informacja z dnia 10 kwietnia 2024 r. o rozstrzygnięciu postępowania nr EZ/202/EI/24.

Faktycznie więc, Zamawiający (wbrew deklaracjom zawartym w Ogólnym Opisie Przedmiotu Zamówienia) konstruując postanowienia OPZ w wyżej przedstawiony sposób, znacząco ogranicza bezpodstawnie wykonawcom zainteresowanym udziałem w Postępowaniu oraz zdolnym do wykonania zamówienia możliwość zaoferowania modułu innego niż funkcjonującego w systemie Enova365, czym narusza art. 99 ust. 2 i 4 ustawy Pzp wskazując na wykorzystanie konkretnego systemu informatycznego ERP, konkretnego producenta oprogramowania, mimo, że nie ma ku temu uzasadnionych podstaw. Nie uzasadnia rozwiązania przyjętego przez Zamawiającego również fakt, że Zamawiający posiada już licencję do systemu Enova365, gdyż jego system ERP składa się z modułów autorstwa różnych producentów (w tym Odwołującego). Skoro więc oprogramowanie Zamawiającego już teraz składa się z modułów funkcjonujących w różnych systemach, to potrzebę Zamawiającego do rozbudowy systemu można zaspokoić w sposób równoważny – a co najważniejsze konkurencyjny przez:

- 1) uruchomienie modułów zgodnie z licencjami systemów już funkcjonujących u Zamawiającego (Enova365, PLANOWANIE Pracy, Simple.ERP)
albo
- 2) dostarczenie licencji na moduły spełniające wymagania zawarte w treści OPZ innego producenta systemu ERP, a następnie ich uruchomienie.

Powyższe rozwiązanie jest to tyle możliwym i gwarantującym realizację zamówienia w sposób zgodny z potrzebami Zamawiającego, że - jak wskazano wcześniej - Zamawiający posiada już system ERP m.in.: w obszarach: finansowo-księgowym, zakupów i sprzedaży, majątku trwałego Odwołującego, a tym samym, moduły spełniające wymagania opisane w treści OPZ, mogłyby być uruchomione także na bazie oprogramowania ERP Odwołującego (Simple.ERP). Ta okoliczność jednoznacznie ukazuje nieuprawnione zawężenie przez Zamawiającego konkurencyjności postępowania, przez ustanowienie wymagania uruchomienia konkretnych modułów konkretnego producenta (modułów do systemu Enova365). Innymi słowy, spełnienie wymagań dla rozbudowy systemu ERP Zamawiającego, byłoby możliwe zarówno przy wykorzystaniu modułów na licencji systemu Enova365, jak i licencji na system ERP Odwołującego (a i prawdopodobnie, także innych licencji na inne systemy ERP), a mimo tego, Zamawiający ogranicza zamówienie jedynie do wymagania uruchomienia modułów zgodnie z licencją Enova365.

Wcześniejsze działania Zamawiającego polegające na wejściu w posiadanie licencji do konkretnego oprogramowania informatycznego, nie mogą same w sobie prowadzić do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, ograniczenia konkurencji. Potwierdzają to m.in.

opublikowane przez Prezesa UZP Rekomendacje, dotyczące zamówień publicznych na systemy informatyczne¹, gdzie wskazano, że: *Rekomendacja ogólna nr 9: Zamawiający powinien dążyć do zapewnienia, aby konkurencja w postępowaniu miała charakter międzymarkowy, a nie wewnątrzmarkowy. Przez konkurencję międzymarkową należy rozumieć konkurencję pomiędzy różnymi producentami, natomiast konkurencja wewnątrzmarkowa odbywa się pomiędzy podmiotami oferującymi produkty tego samego producenta. Jeżeli zamawiający przewiduje wdrożenie systemu informatycznego od podstaw, ponieważ nie dysponuje jeszcze takim rozwiązaniem albo zamierza zastąpić dotychczasowe, przestarzałe rozwiązania, zasadą powinno być opisywanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby konkurencja odbywała się pomiędzy wykonawcami oferującymi rozwiązania różnych producentów.* Stanowisko takie potwierdza też orzecznictwo KIO. W uchwale Izby z dnia 19 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 7/23), zaaprobowano wyrażone przez Prezesa UZP stanowisko, że Zamawiający nie ma możliwości powołania się na dysponowanie określonym systemem nabytym w uprzednio prowadzonym postępowaniu dla uzasadnienia zawężenia konkurencyjności postępowania, zwłaszcza w wypadku konkurencyjnego rynku systemów informatycznych oferowanych przez różnych producentów i wykonawców. Tego rodzaju postępowanie podmiotów zamawiających mogłoby być równym przyzwoleniu na obejście przepisów ustawy Pzp, polegające na nabywaniu (nawet za obiektywnie niską cenę) licencji określonego oprogramowania, aby później, w postępowaniu pozornie konkurencyjnym, udzielać zamówienia na jego uruchomienie (wdrożenie), kierowanego faktycznie wyłącznie do podmiotów udzielających tych licencji lub ich partnerów. Opisywaną praktykę zrównać należy z nieuprawnionym podziałem zamówienia na części w celu obejścia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp. Tę argumentację wzmacnia dodatkowo fakt, że głównym elementem kosztowórczym tego rodzaju zamówień są prace programistyczne (składające się na uruchomienie/wdrożenie oprogramowania), a nie wartości praw do korzystania z danego utworu (do czego uprawniają licencje).

II. wprowadzające w błąd określenie funkcjonalności, jaką ma mieć dostarczany moduł systemu informatycznego ERP

Podkreślenia wymaga, że treść OPZ w sposób mylący precyzuje, jaką funkcjonalnością cechować się powinien nowy moduł w systemie informatycznym ERP Zamawiającego, dostarczany w ramach drugiego etapu realizacji zamówienia, tj. rozbudowy systemu ERP. W Rozdziale I OPZ (tabela „WYKAZ MODUŁÓW OBJĘTYCH USŁUGAMI DOSTĘPU DO NOWYCH WERSJI I USŁUG SERWISOWYCH”), Zamawiający wyraźnie wskazuje, że posiada już moduły dot.: Kadry i Płac, Pulpitów Pracownika i Kierownika oraz Planowania Pracy. Jednocześnie, w Rozdziale II ust. 2 Zamawiający zaznacza, że oczekuje dostarczenia modułu

¹ (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/rekomendacje-dotyczace-zamowien-publicznych-na-systemy-informatyczne>),

systemu informatycznego ERP, dot. Planowania Czasu Pracy. Zakres Funkcjonalności modułu mającego być przedmiotem rozbudowy ERP wydaje się zatem pokrywać z modułem, którym Zamawiający już dysponuje.

Ponadto, definicja samego Systemu (Oprogramowania) ERP zawarta we wstępie do OPZ, wskazuje: „w niniejszym dokumencie, ilekroć mowa o Systemie oznacza to to Systemy Planowania Zasobów Przedsiębiorstwa (z ang. Enterprise Resource Planning - ERP), grupa zintegrowanych systemów informatycznych (modułowo zorganizowanych systemów informatycznych) integrujących tradycyjne funkcje zarządcze związane z księgowością finansową i zarządczą, finansami oraz gospodarką magazynową. W obecnym opracowaniu stanowi synonim „części szarej”.". Tymczasem żaden z modułów, którego dotyczy przedmiot zamówienia, zarówno z tych, co do których mają być świadczone usługi serwisowe, jak i ten, który ma być dostarczony w ramach rozbudowy systemu ERP, nie mieści się w definicji systemu.

Taki niejednoznaczny sposób określenia funkcjonalności oprogramowania będącego przedmiotem drugiego etapu realizacji zamówienia w praktyce uniemożliwia wykonawcom niezwiązanym z producentem modułu Planowanie Pracy (tj. NEXAR) jednoznaczną identyfikację wymogów Zamawiającego w tym zakresie, gdyż tylko ten producent jest w stanie zidentyfikować rzeczywistą różnicę pomiędzy obecnie funkcjonującym u Zamawiającego modułem Planowanie Pracy, a będącym przedmiotem zamówienia modułem Planowanie Czasu Pracy. Nie ulega więc wątpliwości, że takie sformułowanie postanowień OPZ również stanowi naruszenie obowiązku przygotowania dokumentacji postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Dodatkowo warto zauważyć, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w wymaganiach dla części administracyjnej system ERP w pkt 14:

14.	Jednolity i spójny interfejs użytkownika oraz konsekwentne reguły pracy z systemem we wszystkich jego modułach.
-----	---

Zamieścił postanowienie, które wprowadza Wykonawców w błąd i może ograniczać on również konkurencję. Ponieważ w zakresie systemu ERP umieszczono również wspomniane wcześniej planowanie pracy. Naturalnym bowiem jest, że systemy informatyczne w zakresie planowania pracy oraz pozostałych elementów systemu ERP posiadają różne interfejsy.

III. odpowiedzialność podmiotów zaangażowanych w proces integracji systemu informatycznego ERP

W treści Rozdziału II ust. 4 pkt 17 Opisu przedmiotu zamówienia, poświęconej

jednemu z warunków/sposobów realizacji części II zamówienia, tj. rozbudowy systemu ERP, uregulowano obowiązek integracji dostarczanego systemu informatycznego ERP z systemami użytkowymi przez Zamawiającego:

17) Integracja: Wykonawca w ramach realizacji zamówienia zobowiązany będzie do integracji dostarczanego Systemu ERP z użytkowanym przez Zamawiającego systemem Planowanie Pracy i Koszty, do którego majątkowe prawa autorskie przysługują Nexar, systemem Kadrowo-placowym Enova365, do którego majątkowe prawa autorskie przysługują Soneta Sp. z o.o. oraz systemem HIS AMMS, do którego majątkowe prawa autorskie przysługują Asseco Poland S.A w zakresie:

a) Koszty

– Eksport obrotów kont kosztowych na dany dzień w celu dokonania podziału w aplikacji Koszty

– Import podzielonych kosztów jako gotowego dekretu księgowego

b) Kadry i Płace: Integracja obszaru księgowości z działającym u Zamawiającego obszarem kadrowo-placowym w zakresie niezbędnym do dekretacji księgowej list płac w kontekście kont zespołu "4" i "5" z uwzględnieniem wymogów Nowego Rachunku Kosztów w placówkach medycznych.

c) HIS:

– dokumenty zakupu apteka

– dokumenty rozchodu apteka

– dokumenty rozchodu apteczki

– dekrety z dokumentów PZ apteka

Koszty integracji są częścią ceny, składanej przez Wykonawcę a Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w ofercie pełny koszt wykonania integracji uwzględniający również koszty integracji po stronie dostawców w/w systemów.

Przez wskazaną w zacytowanym postanowieniu „integrację” należy rozumieć ten element uruchomienia systemu informatycznego, w którym wykonawca zapewnić ma współpracę uruchamianego systemu z innymi systemami, z których korzysta Zamawiający.

Zamawiający, w zasadzie więc określił tylko oczekiwany finalny efekt integracji (zakres integracji) z poszczególnymi systemami informatycznymi ERP, bez wskazania wykonawcom podstawowych danych, które umożliwią złożenie oferty w tym zakresie. Dla przeprowadzenia integracji niezbędne jest bowiem zapewnienie dokumentacji systemów, z którymi przeprowadzona ma być integracja oraz opisanie wszystkich technicznych danych wspomnianych systemów. Wspomniane dokumentacje i dane muszą zostać pozyskane od producentów dotychczas funkcjonujących u Zamawiającego systemów. OPZ nie dostarcza jednak wspomnianych dokumentacji i danych, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający

przenosi na przyszłego wykonawcę obowiązek ich pozyskania. Tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy - nie można bowiem na ten moment ocenić zakresu zamówienia i kosztów jego wykonania, a także nawet rozstrzygnąć, czy przeprowadzenie integracji jest technicznie wykonalne. Zwrócić też należy uwagę, co wielokrotnie podnoszono w orzecznictwie KIO, że sprzeczne z ustawą Pzp jest przenoszenie na wykonawców obowiązku pozyskania danych i dokumentacji systemów integrowanych – sprowadza się to bowiem do niedozwolonego narzucenia potencjalnemu wykonawcy współpracy z innym niż zamawiający podmiotem, często bezpośrednio z nim konkurującym. *Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że sam fakt odesłania do podmiotów trzecich potwierdza, że nawet w ocenie Zamawiającego zakres danych dotyczących integracji zamieszczony w SWZ nie był pełny, skoro wymagał informacji pochodzących od podmiotów trzecich. W postępowaniu o udzielenie zamówienia stroną dla wykonawcy może być jedynie zamawiający, a nie jakkolwiek podmiot trzeci, zatem w ocenie Izby tego rodzaju odesłania pozostają bezskuteczne. Zamawiający oczywiście może powierzyć pomocnicze działania zakupowe własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej lub włączyć do prac komisji przetargowej biegłych z danej dziedziny. Niemniej to Zamawiający, jako gospodarz postępowania, jest autorem dokumentów decydujących o kształcie tego postępowania, a odesłanie po informacje, niezbędne do sporządzenia i złożenia oferty, do podmiotu trzeciego należy uznać za naruszenie art. 29 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. (por. wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2682/17, podobnie wyrok KIO z 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17).*

Biorąc pod uwagę powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

IV. uzasadnienie wniosku o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania

Mając na uwadze zidentyfikowaną na kanwie niniejszego odwołania niezgodność z przepisami ustawy Pzp opisu przedmiotu zamówienia oraz jego sprzeczności, a także szeroki zakres kwestionowanych postanowień, w ocenie Odwołującego, Postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z daleko idącej ostrożności jednak, na wypadek nieuwzględnienia wniosku o unieważnienie postępowania, Odwołujący wnosi o dokonanie zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób oraz w zakresie wskazanym we wstępie Odwołania.

Załączniki:

- 1) *odpis KRS Odwołującego;*
- 2) *odpis pełnomocnictwa;*
- 3) *potwierdzenie uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa;*
- 4) *potwierdzenie uiszczenia wpisu;*
- 5) *potwierdzenie przesłania Zamawiającemu kopii odwołania;*
- 6) *wydruki z KRS NEXAR, KONSULTANT IT oraz Konsultant Komputer sp. z o.o.;*
- 7) *informacja z dnia 9 października 2018 r. o rozstrzygnięciu postępowania nr EZ/590/EI/18;*
- 8) *informacja z dnia 10 kwietnia 2024 r. o rozstrzygnięciu postępowania nr EZ/202/EI/24.*