

**WYROK**  
**z dnia 22 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51; 04-555 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Fredry 10; 61-701 Poznań**,

przy udziale wykonawcy **Comarch Polska S.A., Al. Jerozolimskie 81; 02-001 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, przy udziale wykonawcy **OPTeam S.A., Tajęcina 113; 36-002 Jasionka**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51; 04-555 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51; 04-555 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Kompleksowa dostawa, wdrożenie, utrzymanie oraz usługi rozwoju i gwarancji zintegrowanego systemu klasy ERP, a także wdrożenie systemu personalizacji ELP i PKI”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 sierpnia 2020 r., pod nr 2020/S 160-390328.

Dnia 31 sierpnia 2020 roku, wykonawca SIMPLE S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) niedokonaniu podziału zamówienia na części, a przez to zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców do jednego funkcjonującego na rynku, w sytuacji, gdy jedna z części tego zamówienia mogłaby być potencjalnie wykonana przez szerszy krąg wykonawców,
- 2) określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i wskazujący na jednego konkretnego wykonawcę funkcjonującego na rynku,
- 3) nieprawidłowym określeniu wymagań dotyczących prezentacji systemu, w sposób który pozwala zamawiającemu na dowolną ocenę i nieobiektywną ofert wykonawców oraz w sposób wymagający spełnienia świadczenia przez wykonawców na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia,
- 4) nieprawidłowym określeniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku nabycia przez wykonawcę zamówienia licencji na podstawie umów, których stroną jest zamawiający,
- 5) niepełnym określeniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie integracji i migracji danych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36aa w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podzielenia przez zamawiającego przedmiotowego zamówienia na dwie części i wymaganie w OPZ, obok wdrożenia zintegrowanego systemu klasy ERP, również równoczesnego wdrożenia systemu personalizacji ELP i PKI, pomimo, że wspomniany drugi z systemów, o funkcjonalnościach określonych z OPZ może być dostarczony tylko przez jednego wykonawcę funkcjonującego na rynku, co w konsekwencji spowodowało, że o udzielenie całego zamówienia skutecznie ubiegać się może tylko

ten wykonawca i stanowi naruszenie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, poprzez finalne, bezzasadne zawężenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, które to zamówienie, z uwagi na swój charakter, mogłoby zostać podzielone bez uszczerbku dla jakości wdrożonych systemów i bez uszczerbku dla zaspokojenia potrzeb zamawiającego,

2. art. 21 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w pkt 7.2.1 s.i.w.z., poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się przez ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców doświadczeniem przy świadczeniu dostaw, które są obecnie wykonywane, pomimo, że zamawiana dostawa nie jest dostawą ciągłą, a równoległe (niezakończone) wykonywanie wdrożenia innego systemu, nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, a takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu wskazuje ponadto na jednego konkretnego wykonawcę funkcjonującego na rynku,
3. art. 21 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w pkt 7.2.1 ppkt 1.5 i 1.6 s.i.w.z., w sposób wskazujący na konkretnego wykonawcę funkcjonującego na rynku w zakresie wdrożenia systemu personalizacji kart ELP oraz dostawy kart ELP i drukarek do uczelni wyższej,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez wymaganie sporządzenia prezentacji systemu opiewającej m.in. na prezentację systemu ELP pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., podczas gdy w zasadzie jeden podmiot funkcjonujący na rynku wdrażał taki system o parametrach licujących z wymaganiami zamawiającego, co wymagało będzie od pozostałych wykonawców wykonania takiego rozwiązania już na etapie składania ofert, a więc spełnienia znacznej części świadczenia przed wyborem ich oferty jako najkorzystniejszej, co jawi się jako bezzasadne wymaganie do wykonawców poczynienia znacznych nakładów finansowych, rzeczowych i osobowych, mimo, że zamówienie nie polega na dostarczeniu systemu zawierającego wszystkie funkcjonalności na dzień składania ofert, a na skonfigurowaniu (wdrożeniu) wymaganych, specyficznych i zestawionych przez zamawiającego funkcjonalności w terminie określonym w umowie, co konstrukcyjnie zbliżone jest do świadczenia właściwego umowie o dzieło,
5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, poprzez opisanie wymagań w zakresie scenariusza prezentacji systemu (Regulamin) oraz Prezentacja - Cechy użytkowe punktowane dotyczące systemu ERP - kryterium P3, w sposób niejednoznaczny, pozwalający na różną interpretację oraz na arbitralną

i nieobiektywną ocenę oferty wykonawców przez zamawiającego, co przy 20% wadze kryteriów pozacenowych, może w sposób istotny wpłynąć na finalny ranking ofert,

6. art. 29 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie integracji i migracji danych, które jest nieprecyzyjne i nie określa pełnego zakresu ciążących na wykonawcach obowiązków, co finalnie nie pozwala na zwymiarowanie i wycenę oferty, a co więcej, wymaganie, aby potencjalny wykonawca nawiązał po udzieleniu mu zamówienia współpracę z dotychczasowymi dostawcami posiadanych przez zamawiającego systemów, co uzależnia prawidłowość wykonania zamówienia od zachowania podmiotu trzeciego, stanowiącego konkurencję rynkową wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza,
7. art. 29 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania jednolitego wyglądu i struktury Systemu w zakresie modułu Business Intelligence, który jest rozwiązaniem zewnętrznym względem systemu ERP i wymaganie takie nie jest podyktowane żadnymi uzasadnionymi potrzebami zamawiającego oraz poprzez wymaganie, aby to wykonawca rozszerzył zakres i liczbę posiadanych przez zamawiającego licencji QLIK, podczas gdy wykonawca nie jest stroną tej umowy licencyjnej i nie ma żadnego realnego wpływu na dysponenta tych licencji, który umożliwiłby wykonanie tego elementu przedmiotu zamówienia,
8. art. 21 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie skierowania do wykonania zamówienia Specjalisty ds. ochrony jakości, która posiada certyfikat potwierdzający znajomość metodyki kontroli jakości wg normy ISO 9001 lub równoważny, który to warunek jest nieproporcjonalny o tyle, że znajomość ww. metodyki przez wspomnianego specjalistę bez legitymowania się przez wykonawcę certyfikatem wdrożenia norm ISO 9001 nie gwarantuje wykonania zamówienia w rygorach przedmiotowej normy, a w świetle tego, wymaganie takie stanowi wyłącznie bezpodstawne podwyższenie stawianych przez zamawiającego wymagań, ograniczających konkurencję,
9. art. 29 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności polegającej na modyfikacji dokumentacji postępowania tj.:

- 1) dokonania podziału zamówienia na części, poprzez wydzielenie do oddzielnej części dostawy i wdrożenia systemu personalizacji ELP i PKI, w tym w zakresie dostawy sprzętu związanego ELP i PKI określonej w obecnym OZP i dostosowania pozostałej treści s.i.w.z. do tej zmiany, zwłaszcza w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert dla części obejmującej dostawę i wdrożenie systemu ERP,

- 2) wykreślenia z opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w pkt 7.2.1 s.i.w.z. możliwości wykazania się przez ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców doświadczeniem przy świadczeniu usług, które są obecnie wykonywane,
- 3) zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w pkt 7.2.1 ppkt 1.5 i 1.6 s.i.w.z. i wykreślenie wymagania dostarczenia opisanych tam systemów wyłącznie dla uczelni wyższych,
- 4) modyfikacji opisu prezentacji systemu (załącznika nr 1 do s.i.w.z.) poprzez usunięcie wymagań związanych z zaprezentowaniem systemów ELP i PKI ewentualnie, o zmianę załącznika nr 1 do s.i.w.z. w zakresie pozycji Prezentacja - Funkcjonalności punktowane dot. systemu personalizacji ELP i PKI - kryterium P2 poprzez:
  - a) w zakresie LP 1 Tabeli modyfikację zawartej tam treści poprzez ustanowienie następującego wymagania: „Personalizacja 3 kart pracowniczych, wg wybranego szablonu graficznego wraz z wgraniem i certyfikatu niekwalifikowanego punktu personalizacyjnego na dane personalne podane przez operatora. Na karcie oprócz obrazka tła muszą zostać nadrukowane personalia”,
  - b) w zakresie LP 2 Tabeli - poprzez wykreślenie tego wymagania,
  - c) w zakresie LP4 Tabeli - poprzez wykreślenie tego wymagania, oraz zmniejszenie wagi kryterium P2 w zakresie systemu ELP do max 2%, a także poprzez doprecyzowanie opisu oceny systemów, postanowień Regulaminu prezentacji, w sposób jednoznaczny i pełny oraz uwzględniający krótki czas na przeprowadzenie prezentacji,
- 5) modyfikacji opisu kryterium oceny ofert Cechu użytkowe punktowane dotyczące systemu ERP (P3) poprzez określenie jasnych i możliwych do weryfikacji przez uczestników postępowania opisów punktowanych elementów systemu ERP oraz zmniejszeniu wagi tego kryterium do max. 2%,
- 6) zmianę OPZ w zakresie integracji systemów poprzez:
  - a) określenie pełnej listy systemów wraz z dokumentacją ich interfejsów wymiany danych, z którymi ma nastąpić integracja, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta integracja, a w szczególności m.in.:
    - pełnej specyfikacji interfejsu i protokołu wymiany danych,
    - pełnej dokumentacji w/w elementów umożliwiających integrację,
    - oczekiwanego zakresu danych i procesów w zakresie, których ma następować wymiana danych,
    - innych, niezbędnych do wyceny informacji technicznych,

- b) wprowadzenie do s.i.w.z. zapewnienia zamawiającego, że pozyska on we własnym zakresie i na własny koszt wszelkie niezbędne do przeprowadzenia integracji informacje i dane od producentów lub autorów eksploatowanych systemów i baz danych z którymi ma nastąpić integracja,
- 7) zmianę OPZ w zakresie migracji danych do nowego systemu poprzez jednoznaczne wskazanie podziału odpowiedzialności stron, tj. która strona umowy jest odpowiedzialna za poszczególne etapy migracji, w szczególności, kto jest odpowiedzialny za eksport danych z systemów źródłowych (zastępowanych), za przygotowanie plików przejściowych (lub zaprojektowanie mechanizmów przenoszących dane) w uzgodnionej formie oraz precyzyjne określenie danych podlegających migracji,
- 8) zmiany pkt 15 zawartego w tabeli nr 2 załącznika nr 1 do s.i.w.z. Prezentacja - Funkcjonalności punktowane ERP - kryterium P1, poprzez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującą: „Jednolity wygląd i struktura Systemu w zakresie modułów wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, pkt. 1.2.1 ppkt a)-g)”,
- 9) wykreślenie wymagania o rozszerzeniu zakresu i liczby posiadanych licencji systemu QLIK lub dopuszczenie zastosowania rozwiązań równoważnych (Systemu BI), korzystających ze źródeł ERP,
- 10) zmiany pkt 7.2.2.2.6 s.i.w.z., poprzez wykreślenie wymagania do legitymowania się przez Specjalistę ds. kontroli jakości certyfikatem potwierdzającym znajomość metodyki kontroli jakości wg normy 9001 lub równoważny.

Ponadto, odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W razie uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) odwołujący żąda od zamawiającego dokonania czynności, o których mowa we wnioskach wskazanych powyżej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wdrażania systemów informatycznych dla podmiotów publicznych, w tym dla uczeni wyższych, jest potencjalnym wykonawcą do zrealizowania tego zamówienia, a sformułowanie postanowień s.i.w.z. przez zamawiającego utrudnia mu dostęp do tego zamówienia. Rodzi to po jego stronie ryzyko poniesienia szkody w postaci niezyskania zamówienia, a tym samym i należnego wynagrodzenia z tego tytułu.

Zamawiający, na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której w części oświadczył, że dokona zmiany treści s.i.w.z. i OPZ, w części podtrzymał dotychczasowe postanowienia s.i.w.z. i OPZ.

Wobec powyższego oświadczenia zamawiającego, odwołujący na posiedzeniu wycofał część zarzutów odwołania, pozostawiając do rozpoznania przez Izbę zarzuty opisane w pkt 1, 5 i 6 odwołania i powiązane z nimi żądania.

W związku z powyższym oświadczeniem odwołującego, Izba do rozpoznania na rozprawie skierowała zarzuty opisane w pkt 1, 5 i 6 odwołania i powiązane z nimi żądania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W zakresie podtrzymanych zarzutów odwołania, odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1. Odwołujący wskazał, iż zamówienie opiewa na dostawę zintegrowanego systemu ERP o funkcjonalnościach opisanych przez zamawiającego, którego to rodzaju systemy oferowane są przez wielu wykonawców na polskim rynku. Równocześnie jednak, zamawiający wymaga także wdrożenia systemu personalizacji ELP i PKI o parametrach opisanych w OPZ. Analiza tych parametrów prowadzi do wniosku, że taki system personalizacji ELP i PKI może na ten moment zaoferować jeden tylko wykonawca funkcjonujący na rynku. Tym samym, wobec równoczesnego wymagania dostarczenia obok systemu ERP, także systemów personalizacji ELP i PKI, krąg wykonawców, którzy mogą wykonać to zamówienie został ograniczony do jednego z nich, pomimo, że w części dot.

systemu ERP, znacznie istotniejszej i obszerniejszej, zamówienie mogło by wykonać, co najmniej kilku wykonawców. W takiej sytuacji, przepisy ustawy Pzp zawarte w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji wskazywałyby na konieczność dokonania podziału przedmiotowego zamówienia na dwie części, na podstawie przepisu art. 36aa ustawy Pzp, który to przepis, w takiej sytuacji wydaje się stanowić nie li tylko uprawnienia Zamawiającego, ale i jego obowiązek. Na konieczność rozpatrzenia zastosowania podziału zamówienia na części z perspektywy obowiązku zamawiających przez pryzmat zasad uczciwej konkurencji sygnalizowana jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Decyzja w zakresie samego podziału zamówienia na części, jak też co do samego sposobu, w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa w tym zakresie swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Jednak swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia nie naruszy konkurencji przez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie”. (wyrok KIO z dnia 23 października 2018 r. KIO 2016/18). Takie rozwiązanie, zapewni należyłą konkurencję bez uszczerbku dla interesu zamawiającego, a nawet z korzyścią dla niego, gdyż z zakresie części dot. systemu ERP, możliwym będzie uzyskanie przez niego konkurencyjnych cen zaoferowanych przez ubiegających się o udzielenie zamówienia, potencjalnie więcej niż dwóch, wykonawców.

Zarzut nr 5. Odwołujący podniósł, iż identyfikuje również zarzut dotyczący niejednoznacznego opisanie warunków przeprowadzania prezentacji (postanowień Regulaminu) oraz umożliwiającego arbitralną i nieobiektywną ocenę oferty wykonawców przez zamawiającego. Przede wszystkim, na etapie składania ofert nie są znane wykonawcom scenariusze prezentacji, które zostaną narzucone im przez zamawiającego w sposób dowolny, co samo w sobie rodzi ryzyko nieobiektywnego przeprowadzenia oceny systemów. Zamawiający zgodnie ze scenariuszem prezentacji przewidział dwie godzinne sesje - łącznie zatem tylko 2h na przeprowadzenie prezentacji (w tym na zaprezentowanie charakterystyki systemu, przerwy, pytanie), a zgodnie z załącznikiem nr 1 do s.i.w.z., istnieje szereg zależnych od zamawiającego okoliczności, których wystąpienie może spowodować deficyt czasowy dla zaprezentowania systemu w całości (dla przykładu, konieczność scharakteryzowania proponowanego Systemu ERP, proponowanego systemu personalizacji ELP i PKI, wymienienia wcześniejszych wdrożeń, podanie wykorzystanych technologii, narzędzi do obsługi baz danych, sposobu migracji danych i integracji, co jednak nie ma żadnego wpływu na ocenę prezentowanego systemu, czy możliwość zadawania przez członków komisji zamawiającego pytań podczas prezentacji również na bieżąco u każdego

z wykonawców wedle własnego uznania a tym samym i ograniczenie merytorycznej prezentacji). Dodatkowo odwołujący wskazał na wzajemną sprzeczność poszczególnych postanowień załącznika nr 1 do s.i.w.z. - mianowicie pkt 16 dopuszcza wystąpienie błędów niezależnie czy zostaną naprawione, a z kolei pkt 19 zastrzega, że jeżeli w trakcie prezentacji wystąpi błąd, który nie będzie mógł być naprawiony w trakcie prezentacji zamawiający zakończy prezentację uznając, że System nie zapewnia odpowiedniej stabilności. W takim przypadku oferta tego wykonawcy zostanie uznana za niezgodną z s.i.w.z. i zostanie odrzucona. Z kolei treść załącznika nr 1 do s.i.w.z. nie traktuje w żaden sposób o sposobie postępowania w sytuacji, gdy nie zadziała lub nie zostanie zaprezentowana jedna z funkcjonalności opcjonalnej, ani nie definiuje ani nie precyzuje jak należy rozumieć niewłaściwą pracę, a jak awarię prezentowanego systemu oraz nie zastrzega możliwości przedłużenia prezentacji z uwagi na okoliczności, za które odpowiada zamawiający. Tak określone warunki prezentacji, które szczegółowo opisane zostaną podczas rozprawy, w celu zapewnienia możliwości odpowiedniego konkurowania ze sobą wykonawców, wymagają zmiany. Podobne zastrzeżenia odwołujący podniósł w zakresie punktowania Cech użytkowych systemu ERP (kryterium P3). Zwrócił uwagę, że przy 20% wadze tego kryterium, punktacja w jego ramach przyznawana przy dużym stopniu dowolności. Oceniane będą takie elementy jak „wygląd aplikacji”, „intuicyjność wprowadzonych danych”, „nazewnictwo”, co odbywać się będzie na podstawie średniej arytmetycznej głosów komisji oceniającej. Brak zerojedynkowego określenia kryteriów punktacji, na rzecz skrajnie subiektywnej oceny tak „miękkich” elementów systemu czyni przyznanie ocenę oferty w tym kryterium w zasadzie nieweryfikowalną, a mogącą mieć kluczowy wpływ na finalny ranking ofert. Z całą pewnością, podstawowe zasady prawa zamówień publicznych przeciwstawiają się takiemu właśnie określeniu kryteriów oceny ofert, które powinny być przecież, zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2d określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiającym sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Zarzut nr 6. Odwołujący wskazał, iż kwestionuje też prawidłowość określenia przez zamawiającego wymagań w zakresie migracji i integracji dostarczanego systemu. Jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyrażona w treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, powinność opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, jak stanowi ust. 2 wspomnianego przepisu, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższe przepisy stanowią rozwinięcie jednej z naczelných zasad ustawy Pzp, jaką jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zawarta

w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wyrazem zadośćuczynienia treści tych przepisów jest w pierwszej kolejności takie opisanie przedmiotu zamówienia, które pozwoli na pełne zwymiarowanie przez wykonawców zakresu przedmiotu zamówienia., a tym samym i przeprowadzenie wyceny przed złożeniem oferty. Z tym wymaganiem zdają się nie licować postanowienia pkt 1.1 OPZ, zgodnie z którymi wykonawca zobowiązany będzie do wykonania wszelkich innych (poza określonymi w OPZ) niezbędnych prac wynikających z przeprowadzonej Analizy Przedwdrożeniowej i Harmonogramu Wdrożenia, oraz że wiedza dotycząca integracji systemów opisanych w dokumentach oraz migracji danych jest po stronie wykonawcy. Podobnie jak wspomniane dokumenty powstaną już po zawarciu umowy przez strony zamówienia publicznego, tak i możliwość powzięcia przez wykonawcę wiedzy odnośnie integracji i migracji systemów nie będzie możliwe przed złożeniem oferty w postępowaniu, co uniemożliwia prawidłowe wycenienie niezbędnych prac, a tym samym złożenie konkurencyjnej oferty. Dalej odwołujący wskazał, że w zakresie integracji, zamawiający przedstawił oświadczenia 3 pomiotów stanowiące deklaracje w przedmiocie udzielenia informacji i wycen związanych z integracją systemów. Kwestionując jakkolwiek przydatność i ważność tych rzekomych oświadczeń dla prawidłowego przeprowadzenia integracji należy wskazać, że ich zamieszczenie przez zamawiającego świadczy, że to przyszły wykonawca zamówienia odpowiedzialny będzie za pozyskanie danych niezbędnych do przeprowadzenia integracji, a obowiązek ten, powinien spoczywać na zamawiającym. Tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy - nie można 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 ponoszono 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. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, od zamawiającego wymagane byłoby w tej sytuacji:

1. określenie pełnej listy systemów wraz z dokumentacją ich interfejsów wymiany danych, z którymi ma nastąpić integracja, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta integracja, a w szczególności m.in.:

- a) pełna specyfikacja interfejsu i protokołu wymiany danych,
- b) pełna dokumentacja w/w elementów umożliwiających integrację,
- c) oczekiwany zakres danych i procesów w zakresie, których ma następować wymiana danych,
- d) inne, niezbędne do wyceny informacje techniczne.

2. wprowadzenie do s.i.w.z. zapewnienia zamawiającego, że pozyska on we własnym zakresie i na własny koszt wszelkie niezbędne do przeprowadzenia integracji informacje i dane od producentów lub autorów eksploatowanych systemów i baz danych z którymi ma nastąpić integracja.

Przeniesienie całości odpowiedzialności za przeprowadzenie integracji na wykonawcę jest sprzeczne z podstawowymi założeniami leżącymi u podstaw ustawy Pzp, czyli zapewnienia równości konkurencyjnej wykonawców. W przypadku takiego sformułowania dokumentacji mamy do czynienia z uprzywilejowaniem obecnych dostawców, którzy mają wymagane kompetencje i dokumentację w obrębie dostarczonych przez siebie systemów. Niebagatelne jest również zapewnienie zgodności prowadzonych operacji integracyjnych z zapisami umów licencyjnych/serwisowych/gwarancyjnych dla obecnych systemów (np. utrata gwarancji przy próbie tworzenia przez zamawiającego oprogramowania aplikacyjnego, które mogłoby modyfikować dane przechowywane w obecnym systemie).

Podobne naruszenie przepisów ustawy Pzp, co do braku pełnego określenia opisu przedmiotu zamówienia zamawiający popełnił w zakresie migracji danych. Wyjaśnić należy, że migracja danych to jeden z obowiązków wykonawcy, polegający na przeniesieniu danych z systemów, z których zamawiający korzystał dotychczas do systemu dostarczanego. Dla prawidłowego przeprowadzenia migracji, a także dla sporządzenia oferty opiewającej na tego typu pracę, konieczne jest przede wszystkim zapewnienie wykonawcy migrowanych danych, zebranych razem, przygotowanych do wykonania tej operacji, a także przedstawienie mu informacji o ilości tych danych i sposobie ich zakodowania już na etapie przygotowywania oferty. Takich informacji próżno szukać w treści OPZ, podobnie jak jednoznacznego podziału zadań w tym zakresie pomiędzy przyszłym wykonawcą, a zamawiającym. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się, że taki sposób ukształtowania migracji danych jest wadliwy i nakazywała zamawiającym zmianę postanowień OPZ.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Biorąc pod rozstrzygnięcie przedmiotowego odwołania, tylko te z zarzutów, które zostały podtrzymane przez odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego OPTeam.

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 36aa w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podzielenia przez zamawiającego przedmiotowego zamówienia na dwie części i wymaganie w OPZ, obok wdrożenia zintegrowanego systemu klasy ERP, również równoczesnego wdrożenia systemu personalizacji ELP i PKI, pomimo, że wspomniany drugi

z systemów, o funkcjonalnościach określonych z OPZ może być dostarczony tylko przez jednego wykonawcę funkcjonującego na rynku, co w konsekwencji spowodowało, że o udzielenie całego zamówienia skutecznie ubiegać się może tylko ten wykonawca i stanowi naruszenie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, poprzez finalne, bezzasadne zawężenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, które to zamówienie, z uwagi na swój charakter, mogłoby zostać podzielone bez uszczerbku dla jakości wdrożonych systemów i bez uszczerbku dla zaspokojenia potrzeb zamawiającego, Izba uznała za bezzasadny.

Przepis art. 36aa ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej powody niedokonania podziału zamówienia na części.

Wskazać należy, iż przedmiotem zamówienia jest kompleksowa dostawa, wdrożenie, utrzymanie oraz usługi rozwoju i gwarancji zintegrowanego systemu klasy ERP w zakresie funkcjonalności: finanse i księgowość, kadry i płace, zakupy, majątek trwały, budżetowanie i kontrola kosztów, zarządzanie projektami, zarządzanie nieruchomościami, sprzedaż usług, obszar analiz, portal pracowniczy, hurtownia danych, a także wdrożenie systemu personalizacji elektronicznych legitymacji pracowniczych wraz z PKI oraz dostawą sprzętu; przeszkolenie pracowników Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu z zakresu funkcjonowania, obsługi, konfiguracji i integracji systemu ERP oraz elektronicznych kart pracowniczych.

Opisany przedmiot zamówienia stanowi integralną całość, która w myśl szczegółowego opisu podanego przez zamawiającego w załączniku nr 6 (wraz z załącznikiem nr 7 do s.i.w.z. – załącznik nr 1 do OPZ i załącznikiem nr 8 do s.i.w.z. – załącznik nr 2 do OPZ) do s.i.w.z. oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z., nie daje się wyodrębnić do zrealizowania w dwóch oddzielnych zadaniach (częściach).

Jak słusznie wskazał zamawiający, nie podzielił on zamówienia na części, ponieważ poszczególne elementy zamówienia są od siebie wzajemnie zależne. Funkcjonalność ERP oraz personalizacji kart muszą być ze sobą nie tylko kompatybilne (np. proces zlecenia wydruku kart z systemu ERP jest przekazywany do realizacji wraz z możliwością weryfikacji statusu), ale także zapewniać odpowiedni poziom bezpieczeństwa dostępu do krytycznych obszarów systemu ERP (np. uwierzytelnianie do systemu ERP przy użyciu nowych personalizowanych kart). Podział na części byłby działaniem nieracjonalnym, zwłaszcza w sytuacji, gdyby na którąkolwiek część nie wpłynęła żadna oferta lub z innych przyczyn postępowanie trzeba by było unieważnić. Wprowadzenie podziału na części znacząco skomplikowałoby wzajemne relacje obu modułów, a potrzeba skoordynowania działań

różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłoby poważnie zagrozić właściwemu i poprawnemu wykonaniu zamówienia (w tym samego dostępu do systemu w procesie uwierzytelniania). Ponadto zamówienie jest finansowane ze środków unijnych. W przypadku podziału zamówienia na części niewykonanie lub opóźnienie się z wykonaniem realizacji zamówienia w jednej z części mogłoby się wiązać z utrudnieniem lub niemożliwością dotrzymania warunków umowy na dofinansowanie, a w konsekwencji z utratą tych środków, zwłaszcza, gdy wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia są ze sobą związane zarówno pod względem technologicznym, funkcjonalnym, jak i organizacyjnym.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący w odwołaniu jak i na rozprawie podnosił, iż system ELP i PKI o parametrach opisanych w s.i.w.z. i OPZ może spełnić produkt tylko jednego wykonawcy – przystępującego OPTeam, jednakże na tę okoliczność żadnego wiarygodnego dowodu nie przedstawił. Odwołujący w swojej argumentacji powoływał się na bliżej niesprecyzowane rozmowy telefoniczne z zarządami różnych firm, producentów analogicznych systemów, z których rzekomo miało wynikać, iż nie mogą oni zaoferować systemu ELP i PKI o parametrach opisanych przez zamawiającego. Odwołujący powoływał się również na rzekome zapytanie do przystępującego OPTeam, w zakresie możliwości pozyskania produktu oferowanego przez tego wykonawcę, oraz że otrzymał odpowiedź negatywną, odmawiającą jakiegokolwiek współpracy, jednakże żadnego dowodu, że takie zapytanie wystosował i jaką otrzymał odpowiedź, nie przedstawił.

Z kolei przystępujący OPTeam, stanowczo zaprzeczył, jakoby odwołujący zwracał się do niego z jakąkolwiek propozycją współpracy. Nadto, na potwierdzenie okoliczności, iż takiej współpracy nie ogranicza przedstawił dowody z korespondencji e-mail dotyczące oferty współpracy skierowanej do firmy: Comarch oraz Unit4.

Przystępujący wskazał również, że zwrócił się odwołującego o wycenę usług migracji dotychczasowego systemu, który jest wdrożony i obsługiwany przez odwołującego u tego zamawiającego, jednakże do tej pory odpowiedzi na taki wniosek nie otrzymał. Na dowód wystąpienia z taką prośbą złożył wydruk z korespondencji e-mail, która została przesłana do odwołującego 15 września 2020 r.

Co prawda odwołujący, na rozprawie złożył dowód w postaci wyciągu z kilku innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających w zakresie, w jakim to zamawiający opisali w sposób identyczny parametry dotyczące ELP, i w których to postępowaniach, jako jedyny ofertę złożył przystępujący OPTeam, jednakże dowód ten nie potwierdził w sposób

jednoznaczny okoliczności, iż na rynku nie istnieje produkt równoważny produktowi wykonawcy OPTeam. Ponadto wskazać należy, że dowody opisane przez odwołującego, jako D1, D2 i D3 nie dotyczą tożsamego przedmiotu zamówienia, albowiem odnoszą się do np. systemu USOS, systemu OPTICAMP, czy ZSI. Jedynie dowód opisany jako D4, swoim ogólnym opisem zbliżony jest ogólnemu opisowi przedmiotu tego zamówienia, jednakże wynika z niego, że w postępowaniu złożono jedną ofertę, jednakże nie podano, czy została ona wybrana, w szczególności czy z wykonawcą tym zawarto umowę. Izba oddaliła dowód opisany jako D5 (stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa) albowiem odwołujący w ogóle nie odniósł się na jaką okoliczność został on złożony, czy też jakie okoliczności ma potwierdzać. Nadto odwołujący nie uzasadnił zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonego dowodu.

Rekapitulując stwierdzić należało, że odwołujący nie udowodnił zasadności stawianego zarzutu, co w konsekwencji prowadzić musiało do uznania przez Izbę jego bezzasadności.

Zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, poprzez opisanie wymagań w zakresie scenariusza prezentacji systemu (Regulamin) oraz Prezentacja - Cechy użytkowe punktowane dotyczące systemu ERP - kryterium P3, w sposób niejednoznaczny, pozwalający na różną interpretację oraz na arbitralną i nieobiektywną ocenę oferty wykonawców przez zamawiającego, co przy 20% wadze kryteriów pozacenowych, może w sposób istotny wpłynąć na finalny ranking ofert, Izba uznała za bezzasadny.

W szczególności Izba zwraca uwagę, iż odwołujący w żądaniach, jakie postawił w odwołaniu w sposób bardzo ogólny i lakoniczny podał, że żąda „modyfikacji opisu kryterium oceny ofert Cechu użytkowe punktowane dotyczące systemu ERP (P3) poprzez określenie jasnych i możliwych do weryfikacji przez uczestników postępowania opisów punktowanych elementów systemu ERP oraz zmniejszeniu wagi tego kryterium do max. 2%”, przez co uniemożliwił zamawiającemu konkretne odniesie się do stawianego zarzutu. Wobec wadliwość (braku) sprecyzowania żądania odwołującego, również Krajowa Izba Odwoławcza (przy założeniu, że zarzut byłby uznany za zasadny) nie jest w stanie w sposób bezpośredni ustalić, jakie żądanie wyspecyfikował w odwołaniu odwołujący. Wskazać należy, że to na odwołującym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego, w oparciu o stawiane zarzuty, wyspecyfikowanie żądań, których spełnienie umożliwi odwołującemu złożenie oferty, udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z przepisem §34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 r., Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. z 2014 r., poz. 964 ze zm.), „Orzeczenie zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego (...)”. Odwołujący zaniechał sprecyzowania swoich żądań, pozostając na wysokim stopniu ogólności, co deprecjonuje zasadność stawianego zarzutu. Nadto wskazać należy,

że zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisanego scenariusza prezentacji, co do którego odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń.

Zarzut nr 6 dotyczący naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie integracji i migracji danych, które jest nieprecyzyjne i nie określa pełnego zakresu ciążących na wykonawcach obowiązków, co finalnie nie pozwala na zwymiarowanie i wycenę oferty, a co więcej, wymaganie, aby potencjalny wykonawca nawiązał po udzieleniu mu zamówienia współpracę z dotychczasowymi dostawcami posiadanych przez Zamawiającego systemów, co uzależnia prawidłowość wykonania zamówienia od zachowania podmiotu trzeciego, stanowiącego konkurencję rynkową wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, Izba uznała za bezzasadny.

Zdaniem Izby, bezzasadność stawianego zarzutu wynika z faktu, iż zamawiający w OPZ dookreślił interfejsy wymiany danych zamieszczając ich specyfikację i dokumentację niezbędną do oszacowania oferty. Opracowanie zamawiającego ma charakter uniwersalny i nie stawia odwołującego w mniej korzystnej sytuacji w odniesieniu do innych wykonawców. Każdy z uczestników postępowania o udzielenie zamówienia posiada tożsamy dostęp do informacji, na podstawie których ma możliwość skalkulowania ceny oferty. Ponadto zauważyć należy, iż zamawiający zmodyfikował treść OPZ, dopisując w pkt 1.1. OPZ po ostatnim zdaniu następującą informację: „Wykonawca jest odpowiedzialny za całość procesu przeniesienia danych a Zamawiający za jakość tych danych. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przeniesienie 1:1 danych wyszczególnionych w OPZ”, co odpowiada żądaniu odwołującego. Dodatkowo, mając na względzie przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”, Izba stwierdziła, że wobec stanowiska zamawiającego, który na rozprawie oświadczył, iż jest w trakcie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców, w ramach których doprecyzuje również informacje dotyczące specyfikacji interfejsów, mając jednocześnie na uwadze okoliczność, iż zamawiający użytkuje obecnie system odwołującego, zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

**Przewodniczący:** .....