

Sygn. akt: KIO 2609/17

WYROK
z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2017 r. przez Odwołującego: **SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie**

przy udziale wykonawcy COM-PAN System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i wdrożenie systemu wspomagania zarządzania i analiz wraz z integracją z systemem ERP Szpitala dla projektu „Rozwój e-usług w drodze rozbudowy infrastruktury IT w Szpitalu Bielańskim w Warszawie, w tym rozwiązań umożliwiających bezpieczne przetwarzanie i wymianę danych” (ZP-57/2017)* (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 lipca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 141-289499.

I. W dniu 8 grudnia 2017 r. wykonawca SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej także jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego w Postępowaniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COM-PAN System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) oraz oferty Business Online Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca BOS”) - mimo, iż oferty te są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) [zarzut nr 1];
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp [zarzut nr 2];
- 3) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie czynności poinformowania Odwołującego w zakresie punktacji w kryterium właściwości funkcjonalne w odniesieniu do poszczególnych ofert złożonych w Postępowaniu - co stanowi wprost o braku uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny przez Zamawiającego [zarzut nr 3];

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty wykonawcy BOS mimo, iż zawierają rażąco niską cenę m.in. z powodu braku uwzględnienia i wyszacowania wszystkich elementów przedmiotowo istotnych, w tym kosztu integracji z dotychczasowymi systemami funkcjonującymi u Zamawiającego [zarzut nr 4];
- 5) alternatywnie wobec oferty wykonawcy BOS - zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie i na zasadzie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wobec oferty wykonawcy BOS [zarzut nr 5];
- 6) art. 7 w związku z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania bez poszanowanie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania [zarzut nr 6].

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert w sposób zgodny z SIWZ i przepisami ustawy Pzp, a następnie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z Postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu w wyniku ponownej oceny ofert odrzucenie ofert: Przystępującego oraz wykonawcy BOS;
- 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Odwołujący przywołując postanowienia Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) - Ad. 7 Usługi informatyczne (ZRF II. 7) [przytoczone w dalszej części uzasadnienia] stwierdził, iż Zamawiający wskazał wyraźnie w SIWZ, że w przypadku dostarczenia systemu EOD wymaga się integracji z SIMPLE.ERP, lub jeśli nie wykonuje się integracji wymaga się wdrożenia nowego systemu ERP. Zamawiający poinformował wprost, iż nie posiada praw autorskich ani kodów źródłowych oraz że Koszty integracji są częścią ceny, składanej przez Wykonawcę, oferty na Wdrożenie oprogramowania wspomagającego pracę komórek administracyjnych. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w ofercie pełny koszt wykonania integracji uwzględniający również, o ile będzie to konieczne, wykonanie modyfikacji interfejsów wymiany danych posiadanych systemów oraz zakup niezbędnych do integracji licencji. Zamawiający

będzie weryfikował czy integracja została wykonana zgodnie z prawem i na podstawie licencji firmy SIMPLE, którą Zamawiający będzie weryfikował po wdrożeniu.

Na skutek pytań i odpowiedzi Zamawiający dopuścił możliwość wyboru przez Wykonawcę sposobu integracji, ale to nadal mogą być wyłącznie czynności mieszczące się w granicach dopuszczonych prawem powszechnie obowiązującym - a na chwilę obecną nic nie wskazuje w treści kwestionowanych ofert, że taki sposób jest przedmiotem zaoferowanym w ofercie.

Podkreślił, iż ani Przystępujący, ani wykonawca BOS nie może samodzielnie zrealizować zamówienia, ponieważ nie zapewni integracji dwustronnej (tj. Wykonawca może samodzielnie odczytywać dane z ERP, ale nie może samodzielnie zapisywać danych do systemu ERP (umowa serwisowa wprost zabrania tego rodzaju działań). Wskazał, iż żaden z ww. wykonawców nie zwrócił się też do jego autoryzowanych partnerów. Fakt ten zagraża właściwemu wykonaniu wdrożenia wymaganego w ramach wykonywania przedmiotu Postępowania.

Zgodnie z posiadaną umową serwisową Zamawiający nie może wprowadzać nieautoryzowanych zmian w bazie danych, modyfikacji.

Zamawiający posiada licencje na korzystanie z oprogramowania SIMPLE.ERP, które zostały udzielone na podstawie umów zawartych pomiędzy Zamawiającym a Simple S.A. Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych, a posiadane licencje nie umożliwiają ingerencji w oprogramowanie. Taka ingerencja, modyfikacja czy powierzenie firmie trzeciej jest zabroniona. Bez zgody/udziału producenta nie jest możliwa integracja oprogramowania SIMPLE.ERP z aplikacjami innych podmiotów. Firma Simple S.A. posiada wyłączne autorskie prawa majątkowe i integracja nie jest możliwa bez jej zgody/udziału/prac.

Zwrócił uwagę, iż Zamawiający jeszcze przed wszczęciem Postępowania kierował do Odwołującego zapytania o wyrażenie opinii w zakresie możliwości technicznych integracji systemu SIMPLE.ERP z aplikacjami innych producentów oraz o wskazanie wytycznych dla aplikacji firm trzecich (aby możliwa była integracja). W odpowiedzi Odwołujący odpowiedział Zamawiającemu, iż sposób integracji oraz związane z tym koszty zostaną ustalone po szczegółowej analizie potrzeb, ale Odwołujący jest gotowy do przedstawienia oferty każdemu wykonawcy, który zwróci się z prośbą o wycenę integracji systemu z aplikacjami innych producentów i że wyceny będą maksymalnie zbieżne wartościowo. Ponadto wskazał, iż Zamawiający na etapie publikacji Postępowania zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem o udzielenie oferty jak i dodatkowo Odwołujący zobowiązał się wobec Zamawiającego do współpracy z każdym potencjalnym wykonawcą. Jedyną firmą jaka zwróciła się do Odwołującego z zapytaniem był Przystępujący. Jednakże ostatecznie nie doszło do

przygotowania i złożenia wiążącej oferty. W przesłanym wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny Przystępujący nie uwzględnił kosztów zewnętrznych - w postaci integracji z ERP wg oferty Odwołującego. Koszt wymieniony w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny to 50 tys. zł, a koszt według oferty Odwołującego wynosił ponad 350 tys. zł - z tego względu Wykonawca ten nie zaoferował przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ, a sama oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący stwierdził, iż wykonawcy w kwestionowanych ofertach w zakresie sposobu realizacji zamówienia w zakresie integracji z systemem SIMPLE.ERP nie wskazali, że zamierzają wykonywać prace przy jego udziale (Simple S.A.) - co w warstwie merytorycznej jest niezgodne z SIWZ.

Ponadto Odwołujący zauważył, iż wyjaśnienia jakie złożył Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odnoszą się jedynie do części kosztów, jakie będą ponoszone przez wykonawcę, bowiem założyć należy, że integracja winna być zrealizowana przy udziale Producenta, a sama cena dokonania integracji dla różnych podmiotów zwracających się o realizację owej usługi mogłaby być różna - nie została wykazana przez ww. wykonawcę, tym samym nie została uwzględniona w cenie oferty. Jednocześnie dokonując oceny złożonych wyjaśnień należy według Odwołującego dostrzec, iż Przystępujący nie podał żadnych przesłanek technologicznych przekładających się wymiennie na poziom cenowy - tak niski. Nie podał również zarówno w ofercie przetargowej ani w JEDZ podwykonawstwa firmy trzeciej (tj. partnera Simple S.A. czy samego Simple S.A.), mającej upoważnienie producenta do wprowadzenia zmian w systemie i prowadzenia integracji dwustronnej (zarówno z systemu EOD do ERP, jak i z systemu ERP do EOD).

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż w związku ze zmianą SIWZ w trybie pytań i odpowiedzi (odpowiedź na pytanie 1 z dnia 13 października 2017 r. Sz.B/ZP/26/5 7/ 17) Zamawiający, aby uzyskać funkcjonalność *Generowanie raportów w układzie wybranych danych (do doskonalenia) – Moduł zarządzający czasem prac*, musi zakupić licencje i zaktualizować system - żadna z kwestionowanych ofert nie zawiera tego elementu kosztowego, a też próżno szukać informacji w ofertach, iż integracja odbędzie się poprzez wymianę systemu ERP. Mając powyższe okoliczności na uwadze, Odwołujący wskazał, iż cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Stwierdził, iż Przystępujący nie sprostął obowiązku wyjaśnień dotyczących ceny oferty, wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosnie do zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podkreślił, że oferta wykonawcy BOS mimo, iż winna budzić wątpliwości choćby z tytułu nie

obejmowania wszystkich istotnych elementów przedmiotu zamówienia nie była przedmiotem wezwania, czym w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż oferty ww. wykonawców w żadnym razie nie odpowiadają w warstwie merytorycznej wymogom wyrażonym w SIWZ i powinny podlegać odrzuceniu w trybie i na zasadzie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz z powodu nie uwzględnienia w cenie kosztu integracji oraz powyżej wskazanych elementów OPZ - także z powodu ziszczenia się przesłanki przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, iż obowiązek zawiadomienia wykonawców o podejmowanych w postępowaniu czynnościach określony w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, czy w oparciu o art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. (KIO sygn. akt 1114/16). Dokonując analizy znowelizowanego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp - porównując treść tego przepisu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. – należy dojść do wniosku, iż intencją Ustawodawcy - zmieniającego ten przepis poprzez dodanie in fine sformułowania "podając uzasadnienie faktyczne i prawne" - było przesądzenie kwestii dotyczącej powinności Zamawiającego co do uzasadniania wszystkich dokonywanych przez niego czynności - w tym również czynności przyznawania punktacji poszczególnym wykonawcom w odniesieniu do złożonych przez nich ofert. Powyższa zmiana ma zagwarantować wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwość zapoznania się z pełnym rozstrzygnięciem Zamawiającego (oraz jego motywami). Z przepisu tego - i przyjętej przez Ustawodawcę konstrukcji tego przepisu - wynika zatem zamiar Ustawodawcy - również wobec wyartykułowanej w ustawie nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. zasady przejrzystości - aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia wraz z jego uzasadnieniem - nie tylko co do czynności wykluczenia, odrzucenia i wyboru oferty, ale również co do przyznawanej przez Zamawiającego punktacji poszczególnym wykonawcom - gdyż niewątpliwie uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej punktacji jest informacją kluczową dla wykonawcy i wpływa chociażby na zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na wymóg stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko - jak to miało miejsce dotychczas - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale również zasady proporcjonalności i przejrzystości. Wyrazem zasady przejrzystości jest właśnie znowelizowany art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez

Zamawiającego procedur przetargowych. Nie ulega wątpliwości - że samo podanie przez Zamawiającego przyznanej punktacji bez właściwego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji, może utrudniać wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. W konsekwencji powyższego wobec przyjętej nowelizacją zasady przejrzystości wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do informowania wykonawców o przyznanej punktacji w poszczególnych kryteriach oraz podania łącznej punktacji z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Wykonawca w takiej sytuacji powinien uzyskać od Zamawiającego informację, dlaczego w danym kryterium nie otrzymał maksymalnej punktacji i czym Zamawiający kierował się przyznając mu taką, a nie inną liczbę punktów. W Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty brak jest m.in. uzasadnienia faktycznego dla przyznania wartości punktacji ofert złożonych w Postępowaniu. Zamawiający podał jedynie zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp punktację przyznaną wykonawcom. Brak było w niniejszym zawiadomieniu uzasadnienia faktycznego przyznania Odwołującemu - takiej, a nie innej punktacji - mimo, że formalnie funkcjonalności można było osiągnąć na różne sposoby. Nie zapewnia to możliwości weryfikacji decyzji Zamawiającego. Tym samym, przekazanie jedynie tabelarycznego zestawienia punktacji nie można uznać za przekazanie pełnej informacji o wyborze (o której mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp) [sygn. akt 84/16].

Mając powyższe na uwadze, w szczególności brak rzetelności w toku wykonywanych czynności w imieniu Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, iż ma podstawy do twierdzenia, iż w toku czynności podejmowanych w Postępowaniu brały udział osoby, które nie zapewniły bezstronności i obiektywizmu, w rozumieniu przepisu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp - tym samym dodatkowo narażając Kierownika Zamawiającego na odpowiedzialność z tytułu nieprawidłowo prowadzonego postępowania zarówno na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych jak i finansów publicznych, które będą skutkować brakiem możliwości ubiegania się o dofinansowanie ze środków UE w przyszłości.

W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący podtrzymał stanowisko w sprawie oraz dodatkowo stwierdził, co następuje:

Odnosząc się do zaoferowanego kosztu integracji z systemem ERP wskazał, iż po utrzymaniu zapytania w tej sprawie i udzieleniu przez niego odpowiedzi zakres przedmiotu zamówienia został ograniczony, a ponadto w trakcie udzielania odpowiedzi nie znał wszystkich postanowień SIWZ. System ten został zaimplementowany prawie 10 lat temu, a obecna jego wartość szacowana wynosi około 1 mln zł. Zauważył niezgodność postępowania Zamawiającego z normą wyrażoną w art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający dokonał

opisu określonej funkcjonalności (poz. nr 20), to na etapie badania i oceny ofert powinno być wiadome w jaki sposób ta funkcjonalność zostanie zrealizowana. W przeciwnym wypadku mamy do czynienia z nieudowodnieniem zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powołując się na treść pytania nr 29 i udzielonej odpowiedzi stwierdził, iż wprawdzie decyzja w tym zakresie należy do wykonawcy, to jednak sposób przeprowadzenia integracji może być wybrany przez wykonawcę wyłącznie z zakresu określonego przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający nie wskazał sposobu możliwości integracji oferowanego przez Przystępującego. Brak określenia przez Przystępującego sposobu integracji stanowi o nieporównywalności oferty. W odpowiedzi na pytanie Izby o postanowienie SIWZ, z którym oferta Przystępującego jest niezgodna, wskazał na postanowienia zawarte w pkt AD. 7 oraz fragment dot. licencji do API zawarty in fine pkt AD. 7 (załącznik nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia). W odniesieniu do dowodów złożonych przez Przystępującego stwierdził, iż zestawienie wdrożeń nie ma związku ze sprawą, gdyż wymienione tam wdrożenia były realizowane z jego udziałem. Natomiast złożone przez Przystępującego referencje dotyczą systemu dedykowanego dla uczelni wyższej mającego inną specyfikę, z kolei usługa wykonana na rzecz szpitala zawarta w pkt 9 zestawienia nie została wskazana jako ta wykonana bez udziału producenta. Ponadto zauważył, iż wśród procesów wymienionych w treści referencji z dnia 18 grudnia 2017 r. nie ma integracji z systemem SIMPLE ERP. W ramach zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał na wątpliwości co do wiarygodności danych podanych w poz. nr 3 kalkulacji.

Dodatkowo wyjaśnił, iż system SIMPLE ERP składa się z takich elementów jak: baza danych, oprogramowanie podmiotu trzeciego (Microsoft) i oprogramowanie producenta znajdującego się na serwerze klienta w bazie danych. Elementy zawarte w tym oprogramowaniu są niezmiennie do czasu ich aktualizacji. Zmiany prawa wymuszają aktualizacje, które powodują modyfikacje stałych elementów w bazie danych. Dlatego w umowie serwisowej Odwołujący zapewnia sobie brak prawa do ingerowania w elementy stałe zawarte w bazach danych. Wynika to z odpowiedzialności Odwołującego, jaką ponosi za funkcjonowanie tego systemu. Stwierdził, iż nie kwestionuje możliwości dokonywania takich czynności, jakie wynikają z przepisów prawa (jak np. dekompilacji), ale zaznaczył, iż nie jest możliwe dokonywanie modyfikacji elementów stałych znajdujących się w bazie danych, natomiast możliwe jest modyfikowanie elementów zmiennych czyli danych za pomocą oprogramowania SIMPLE ERP. Szczególnym sposobem modyfikowania tych elementów zmiennych (danych) jest modyfikowanie z zewnątrz, do którego potrzebna jest licencja na oprogramowanie SIMPLE API. Dodał, iż w przypadku ręcznego zapisywania w bazie danych mogą wystąpić problemy z funkcjonowaniem całego systemu. Jako dowód w sprawie złożył umowę serwisową z dnia 2 lutego 2017 r. powołując się na postanowienia zawarte w pkt 5.1 oraz 5.2. W jego ocenie nie jest możliwe przeprowadzenie integracji wymaganej postanowieniami OPZ bez zakupu licencji

API. Zauważył, iż sam Przystępujący na str. 4 pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wskazał, że będzie on korzystał z istniejących API, a Odwołujący stwierdził, iż nie ma on do tego prawa.

II. Zamawiający swoje stanowisko w sprawie przedstawił w trakcie rozprawy wnosząc o oddalenie odwołania w całości, co też uzasadnił w następujący sposób:

Na wstępie Zamawiający zaznaczył, iż integracje systemów informatycznych mają miejsce powszechnie, jednakże nie może zaakceptować sytuacji, w której integracja jest droższa od samego systemu. Jako dowód w sprawie złożył wycenę otrzymaną od Odwołującego, zgodnie z którą koszt integracji wynosi 926 tys. zł brutto. Mając na uwadze, że cena zaoferowana przez Odwołującego wynosiła około 991 tys. zł, to wynika z tego, że cena samego systemu to koszt około 60 tys. zł. (dodał, iż sam system kosztował 270 tys. zł.). Podkreślił, iż w okresie od 25 sierpnia 2017 r. tj. od przedstawienia przez Odwołującego swojej oferty (kalkulacji) nie było znaczących modyfikacji OPZ. Wskazał na treść przepisów art. 74 i 75, w szczególności art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. W jego ocenie istnieje możliwość integracji z systemem ERP Simple bez pośrednictwa producenta. W związku z tym, że w odpowiedzi na pytanie 29 dopuścił wybór przez wykonawców sposobu integracji zauważył, że było to możliwe także wcześniej z uwagi na treść postanowień SIWZ zawierających odniesienie do obowiązujących przepisów prawa, ale nie do treści umowy serwisowej. Spośród złożonych w Postępowaniu ofert (łącznie cztery): dwóch wykonawców zdecydowało się na sposób integracji z wyłączeniem Simple S.A., jeden czyli sam SIMPLE S.A. (Odwołujący) zaoferował integrację z jego udziałem, natomiast czwarty z wykonawców zaoferował wymianę systemu. Odnosząc się do dowodu złożonego przez Odwołującego (umowa serwisowa) zauważył, iż wskazywane przez niego postanowienia dotyczą wyłącznie obligacyjnego wyłączenia odpowiedzialności. Ponadto zauważył, iż w przypadku systemu ERP będącym systemem finansowo – księgowym rodzaj podmiotu będącego zamawiającym (odbiorcą usługi) nie ma większego znaczenia. Wskazał, iż istnieje alternatywna metoda do API (w odniesieniu do sposobu integracji), a jest nim posługiwanie się powszechnym w informatyce językiem SQL. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wadliwego uzasadnienia wskazał, iż wszyscy wykonawcy otrzymali maksymalną ilość punktów, albowiem wszyscy spełnili funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego. Natomiast odnosząc się do zawartych w odwołaniu twierdzeń o braku rzetelności po stronie Zamawiającego, stwierdził, iż jest wręcz przeciwnie, a brak rzetelności mógłby być mu zarzucany w sytuacji, gdyby zapłacił za integrację systemu 1 mln zł, mając możliwość skorzystania z oferty za 50 tys. zł.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca COM-PAN System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. Przystępujący przedstawił następujące stanowisko w sprawie:

W ocenie Przystępującego odwołanie jest całkowicie bezzasadne, a przede wszystkim przedwczesne. Argumentacja Odwołującego sprowadza się de facto do powołania się na postanowienia umowy serwisowej zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, z treści której wynikać ma całkowity zakaz wprowadzania przez Zamawiającego nieautoryzowanych zmian w bazie danych. Przywołane postanowienie umowy serwisowej jest sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych i z tego względu należy uznać je za nieważne. Z treści art. 6 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych wynika, że wyłączne prawo do korzystania z wytworzonej bazy danych przysługuje jej producentowi. To właśnie producent bazy danych jest jej właścicielem i tylko on może decydować o zakresie wykorzystania danych zawartych w bazie, czy o wprowadzeniu do niej jakichkolwiek zmian. Zamawiający, jako legalny użytkownik systemu ERP i właściciel baz danych wytworzonych za pośrednictwem systemu ERP może samodzielnie decydować komu umożliwi dostęp do baz danych systemu ERP, w jakim zakresie i celu. Formułowane przez Odwołującego twierdzenia o braku możliwości wykonania przez Przystępującego integracji Systemu z systemem ERP Zamawiającego, z uwagi na zapisy umowy serwisowej, są sprzeczne z obowiązującym prawem i z tego względu nie zasługują na uwzględnienie.

Wskazane przez Odwołującego ograniczenia w korzystaniu z systemu ERP, wynikające z przedmiotowej umowy serwisowej, o ile faktycznie występują, mogą dotyczyć jedynie zabezpieczenia systemu ERP przed nieuprawnionym dostępem lub zniszczeniem. Wysoce wątpliwe jest natomiast wyrażenie zgody przez jakiegokolwiek Zamawiającego na zapisy, które ograniczają właścicielowi bazy danych możliwość wprowadzania modyfikacji zapisu danych w bazach danych. Bardziej prawdopodobne wydaje się wyłączenie odpowiedzialności Simple S.A. z tytułu nieprawidłowego funkcjonowania systemu ERP, do którego mogłoby dojść w wyniku nieautoryzowanych modyfikacji zapisów danych w bazach danych.

Przystępujący powołał się na następujące zapisy rozdziału 7 OPZ — Integracja z systemem ERP Zamawiającego: „Zamawiający dopuszcza na podstawie art.75 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo

autorskie (Dz.U. 2006, nr 90, poz.631) - konieczność dokonania przez Wykonawcę dekompilacji modułów systemów, dotychczas wykorzystywanych przez Zamawiającego, poprzez zwielokrotnienie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art.74 ust.4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo autorskie (Dz. U. 2006, nr 90, poz.631), jeżeli będzie to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania modułów tych systemów z ERP dostarczonym w ramach realizacji zamówienia. Wykonawca będzie zobowiązany wykonać czynności dekompilacyjne na własny koszt i ryzyko.” oraz zapis „Na prośbę Wykonawcy, Zamawiający umożliwi Wykonawcy dostęp do baz danych posiadanych systemów informatycznych, udzieli wsparcia Wykonawcy w dokonaniu integracji, poprzez nadanie wskazanym pracownikom Wykonawcy niezbędnych uprawnień do pracy w systemie oraz przekaze Wykonawcy posiadane instrukcje obsługi. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za ewentualne szkody, wyrządzone przez jego pracowników w trakcie prac integracyjnych.”

Z przytoczonych zapisów jasno wynika, że Wykonawca przeprowadzając integrację Systemu z systemem ERP jest uprawniony nie tylko do dekompilacji i tłumaczenia kodów źródłowych systemu ERP, lecz także otrzyma dostęp do baz danych, jeżeli okaże się to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia integracji Systemu z systemem ERP Zamawiającego. Zapisy SIWZ (OPZ) zaprzeczają twierdzeniom Odwołującego o braku możliwości wykonania integracji Systemu z systemem ERP bez udziału Simple S.A. z uwagi na postanowienia umowy serwisowej.

Przystępujący podkreślił, iż podtrzymuje swoją ofertę w zakresie wykonania integracji Systemu z systemem ERP Zamawiającego, która zostanie przeprowadzona zgodnie z licencją Zamawiającego i bez ingerencji w system ERP firmy Simple S.A. Sposób integracji Systemu z systemem ERP Zamawiającego stanowi know-how Przystępującego i wynika z unikalnej wiedzy i doświadczenia personelu Przystępującego. Bogate doświadczenie Przystępującego związane z integracją oprogramowania (zdobyte przy realizacji zamówień podobnego rodzaju zarówno na rzecz podmiotów publicznych, jak i prywatnych, zostało udokumentowane w złożonej przez Przystępującego ofercie) umożliwiło nie tylko rzetelne i realne oszacowanie kosztów realizacji zamówienia, eliminując ryzyko zaoferowania ceny niepokrywającej wszystkich kosztów z niej wynikających, lecz dodatkowo sprawne i terminowe wykonanie zamówienia. Przystępujący wykona integrację Systemu z systemem ERP w oparciu o istniejące procedury bazodanowe. W wyniku zastosowanych rozwiązań programistycznych, Przystępujący nie będzie modyfikował struktury systemu ERP, a jedynie wywoływał istniejące API, za pomocą których będzie w pełni mógł komunikować się z systemem ERP Zamawiającego. Tym samym formułowane przez Odwołującego zarzuty o braku technicznych możliwości wykonania wymaganej integracji bez udziału Simple S.A. są przedwczesne. Jak

wynika bowiem z treści SIWZ, przywołanych przez samego Odwołującego w odwołaniu z dnia 8 grudnia 2017 r. „Zamawiający będzie weryfikował czy integracja została wykonana zgodnie z prawem i na podstawie licencji firmy Simple po wdrożeniu.”

Ustosunkowując się do zarzutów rażąco niskiej ceny, stwierdził, iż w sposób jednoznaczny i co ważne nie budzący wątpliwości Zamawiającego wyjaśnił wszelkie elementy cenotwórcze oraz koszty związane z realizacją zamówienia. Podkreślił, że to nie cena Przystępującego jest zaniżona, lecz ceny Asseco Poland S.A. i Odwołującego są zawyżone. Gdyby Przystępujący nie posiadał unikalnego know — how w zakresie integracji Systemu z systemem ERP Zamawiającego byłby zmuszony do skorzystania z pomocy firmy Simple S.A. w tym zakresie. Tym samym zaoferowana przez niego cena byłaby wyższa o 300.000,00 zł. Przystępujący zakwestionował również zarzut nieprawidłowego przygotowania oferty z uwagi na brak uwzględnienia w zaoferowanej cenie kosztu zakupu licencji do generowania raportów — moduł zarządzania czasem pracy. Uprawdopodobnieniem zarzutu Odwołującego ma być przywołanie w odwołaniu treści pytania nr 1 z dnia 13.10.2017 r. wraz z odpowiedzią. Z treści odpowiedzi jednoznacznie wynika, że „Zamawiający wymaga funkcjonalności modułu do obsługi czasem pracy wraz z integracją z systemem ERP tylko w przypadku wymiany systemu ERP.” Skoro oferta Przystępującego nie przewiduje wymiany systemu ERP to trudno oczekiwać, że zaoferowana cena będzie uwzględniała taki koszt.

Na rozprawie przed Izłą Przystępujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Dodatkowo wyjaśnił, iż wystąpił do Odwołującego o przedstawienie oferty. Po otrzymaniu oferty od Odwołującego, z uwagi na wysoką cenę (358 tys. zł. netto) zdecydował się skorzystać z własnych możliwości w zakresie integracji z systemem Zamawiającego. Taka integracja bez udziału producenta SIMPLE S.A. była już w przeszłości przeprowadzana, na potwierdzenie czego jako dowód w sprawie złożył referencje z dnia 18 grudnia 2017 r. Ponadto, jako dowód w sprawie złożył zestawienie wdrożeń przeprowadzonych wspólnie z producentem SIMPLE na okoliczność tego, iż w ramach tej współpracy miał on możliwość wypracowania sposobu integracji bez udziału SIMPLE S.A. Integracje zawarte w zestawieniu zostały przeprowadzone wspólnie z Odwołującym, a bez takiego udziału została przeprowadzona integracja wskazana pod numerem 10 (jednakże wszystkie dotyczyły systemu SIMPLE ERP). Podkreślił, iż bazy danych stanowią własność ich producenta, co wynika z przepisów ustawy o bazach danych, ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o ochronie danych osobowych. W ocenie Przystępującego odwołanie jest przedwczesne, albowiem zarzuty w nim podniesione odnoszą się *de facto* do etapu realizacji umowy. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób integracja bez jego udziału miałyby naruszać jego prawa. Podkreślił, iż nie będzie miała miejsca taka sytuacja, w której dokonywane przez niego czynności w ramach

przeprowadzania integracji będą sprzeczne z przepisami prawa. Dodał, iż fragmentu zawartego w treści jego pisma z dnia 12 grudnia 2017 r. nie należy interpretować tak jak sugerował to Odwołujący, gdyż nie chodzi tu o API Odwołującego, lecz o jego własne API. Przy posłużeniu się jego sposobem integracji nie następuje naruszenie struktury danych, ale istnieje możliwość ich zapisywania w oparciu o informacje dotyczące tej struktury. Wyjaśnił także, iż API jest interfejsem komunikacyjnym, a jego funkcje (przekazywanie danych) mogą być wykonane w inny sposób np. poprzez sięgnięcie do języka SQL.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania oraz dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o częściowe odrzucenie odwołania, na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego integracji z systemem ERP Zamawiającego. Uzasadniając ww. wniosek Zamawiający wskazał, iż zarzut ten został podniesiony po upływie terminu. W ocenie Zamawiającego termin na wniesienie odwołania w części dotyczącej tego zarzutu należy liczyć od dnia 26 września 2017 r., kiedy to Zamawiający dopuścił możliwość wyboru przez wykonawcę sposobu integracji.

Izba nie podzieliła ww. stanowiska Zamawiającego, uznając iż ww. zarzut odnosi się do czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie dotyczy on natomiast czynności dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w ramach sporządzania SIWZ, co też skutkowałoby koniecznością uznania tego zarzutu za spóźniony.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba uznała, iż odwołanie nie podlegało uwzględnieniu.

Ad. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty oraz wykonawcy BOS - mimo, iż oferty te są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [zarzut nr 1].

Na wstępie należy wskazać, iż niezgodność z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega przede wszystkim na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzeniu zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych). Konieczne jest przy tym wskazanie (jak i wykazanie) na czym konkretnie ta niezgodność polega – co w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący w treści odwołania powołał się na następujące zapisy OPZ:

„Zgodnie z postanowieniami OPZ w zakresie integracji dwustronnej:

„1. Integracja z systemem ERP Zamawiającego

Wykonawca zobowiązany jest do połączenia swojego systemu z systemem ERP firmy SIMPLE funkcjonującymi u zamawiającego w wersji 6.10. lub ten system wymienić.

Warunki organizacyjne dla przeprowadzenia integracji:

1. Zamawiający oświadcza, iż zgodnie z wiążącą go umową licencyjną z twórcami posiadanych systemów informatycznych, nie jest w posiadaniu kodów źródłowych modułów tych systemów.

2. Uzyskanie opisów interfejsów lub innych sposobów wymiany danych do integracji z wymienionymi w SIWZ systemami oraz określenie wykonawcy lub wykonawców tych integracji jest obowiązkiem Wykonawcy.

3. Koszty integracji są częścią ceny, składanej przez Wykonawcę, oferty na Wdrożenie oprogramowania wspomagającego pracę komórek administracyjnych. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w ofercie pełny koszt wykonania integracji uwzględniający również, o ile będzie to konieczne, wykonanie modyfikacji interfejsów wymiany danych posiadanych systemów oraz zakup niezbędnych do integracji licencji. Zamawiający będzie weryfikował czy integracja została wykonana zgodnie z prawem i na podstawie licencji firmy SIMPLE, która Zamawiający będzie weryfikował po wdrożeniu.

4. Zamawiający dopuszcza na podstawie art.75 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo autorskie (Dz.U. 2006, nr 90, poz.631) - konieczność dokonania przez Wykonawcę dekompilacji modułów systemów, dotychczas wykorzystywanych przez Zamawiającego, poprzez zwielokrotnienie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art.74 ust.4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo autorskie (Dz.U. 2006, nr 90, poz.631), jeżeli będzie to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania modułów tych systemów z ERP dostarczonym w ramach realizacji zamówienia. Wykonawca będzie zobowiązany wykonać czynności dekompilacyjne na własny koszt i ryzyko, w pełnym koniecznym zakresie z zastrzeżeniem, że czynności te będą odnosiły się tylko do tych części modułów tych systemów, które będą niezbędne do osiągnięcia współdziałania tych modułów z ERP dostarczonymi przez Wykonawcę, a uzyskane informacje nie będą:

4.1. wykorzystane do innych celów niż osiągnięcie współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego;

4.2. przekazane innym osobom, chyba że jest to niezbędne do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego;

4.3. wykorzystane do rozwijania, wytwarzania lub wprowadzania do obrotu programu komputerowego o istotnie podobnej formie wyrażenia lub do innych czynności naruszających prawa autorskie.

5. Informacje uzyskane przez Wykonawcę w toku wykonania czynności, o których mowa w art. 75 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne (Dz.U. z 2006r., Nr 90, poz.631) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.) i podlegają ochronie w niej przewidzianej.

Na prośbę Wykonawcy, Zamawiający umożliwi Wykonawcy dostęp do baz danych posiadanych systemów informatycznych, udzieli wsparcia Wykonawcy w dokonaniu integracji, poprzez nadanie wskazanym pracownikom Wykonawcy niezbędnych uprawnień do pracy w systemie oraz przekaże Wykonawcy posiadane instrukcje obsługi. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za ewentualne szkody, wyrządzone przez jego pracowników w trakcie prac integracyjnych.

Przewiduje się integrację za pomocą technologii Web-service, SOAP lub REST, lub inną równoważną, dotyczącą następujących obszarów:

1. wniosek urlopowy

Konieczna komunikacja w obie strony

- a. z SIMPLE do EOD: liczba pozostałych dni urlopu wypoczynkowego,
- b. z SIMPLE do EOD: liczba dni absencji w aktualnym roku, wraz z rodzajem absencji dla każdego z dni,
- c. z SIMPLE do EOD: liczba dni absencji - dane historyczne z poprzednich lat, wraz z rodzajem absencji dla każdego z dni,
- d. z EOD do SIMPLE - realizacja wniosku urlopowego (okres dat od-do, nr ewidencyjny pracownika, rodzaj absencji, opis),

2. faktura kosztowa

Konieczna komunikacja w obie strony

- a. z SIMPLE do EOD: import słowników wchodzących w skład dekretu oraz nagłówek faktury np. lista kont 4xx, produkty, źródło finansowania, typ dokumentów zakupu, Stawki VAT, rodzaje płatności, itp.
- b. z EOD do SIMPLE: dostawca, kwota netto, kwota brutto, kwota VAT, typ dokumentu zakupu, rodzaj płatności, data dokumentu, data płatności, opis, źródła finansowania, MPK (jednostka).

3. obsługa zastępstw

Konieczna komunikacja w obie strony

- a. z SIMPLE do EOD: analogicznie jak w grafiku urlopowym,
- b. z EOD do SIMPLE: analogicznie jak w grafiku urlopowym.

4. Zamówienia

Konieczna komunikacja w obie strony

- a. z SIMPLE do EOD: słownik źródeł finansowania, itp.
- b. z EOD do SIMPLE: nazwa przedmiotu, ilości, wartości kwotowe, daty pozyskania, jednostka miary, źródła finansowania.

5. Struktura organizacyjna

Konieczna komunikacja w jedną stronę

- a. z SIMPLE do EOD: identyfikator, nazwa, nazwa skrócona, identyfikator jednostki nadrzędnej,
- b. z EOD do SIMPLE: brak

6. Lista pracowników

Konieczna komunikacja w jedną stronę

a. z SIMPLE do EOD: identyfikator, imię, nazwisko, tytuł, stanowisko w strukturze organizacyjnej (możliwość występowania 1 pracownika w wielu miejscach struktury organizacyjnej),

b. z EOD do SIMPLE: brak

7. Umowy cywilno-prawne

a. z SIMPLE do EOD: brak

b. z EOD do SIMPLE: imię, nazwisko, PESEL, adres zamieszkania, obywatelstwo, czas rozpoczęcia umowy, kod ubezpieczonego.

W przypadku, kiedy Wykonawca nie może zintegrować się z oprogramowaniem firmy SIMPLE dopuszcza się wymianę systemu, bez migracji baz danych. Funkcjonalności systemu ERP należy odtworzyć zgodnie z funkcjonalnościami opierającymi się o te Zainstalowane u Zamawiającego i zawarte w załączniku do OPZ.”

W nawiązaniu do ww. zapisów OPZ Odwołujący stwierdził, iż ani Przystępujący, ani wykonawca BOS nie może samodzielnie zrealizować zamówienia, ponieważ nie zapewni integracji dwustronnej (tj. Wykonawca może samodzielnie odczytywać dane z ERP, ale nie może samodzielnie zapisywać danych do systemu ERP (umowa serwisowa wprost zabrania tego rodzaju działań). Wskazał, iż żaden z ww. wykonawców nie zwrócił się też do jego autoryzowanych partnerów. Fakt ten zagraża właściwemu wykonaniu wdrożenia wymaganego w ramach wykonywania przedmiotu niniejszego Postępowania. Zgodnie z posiadaną umową serwisową Zamawiający nie może wprowadzać nieautoryzowanych zmian w bazie danych, modyfikacji. Wykonawcy w kwestionowanych ofertach w zakresie sposobu realizacji zamówienia w zakresie integracji z systemem SIMPLE.ERP nie wskazali, że zamierzają wykonywać prac przy jego udziale (Simple S.A.) - co w warstwie merytorycznej jest niezgodne z SIWZ.

Odnosząc się do ww. twierdzeń Odwołującego wymaga wskazania okoliczność (która została zauważona również przez Odwołującego w treści odwołania) odpowiedzi, jaka na pytanie nr 29 została udzielona przez Zamawiającego w dniu 26 września 2017 r.

W treści pytania wykonawca powołał się na fragment OPZ – AD 7 Usługi informatyczne (ZRF II.7) począwszy od akapitu zatytułowanego „Sposoby integracji z oprogramowaniem SIMPLE.ERP” do końca tego punktu (7). Wykonawca stwierdził, iż „*powyższe wymagania nie są zgodne z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał również w punkcie 7.5 że Dostawca ma prawo do dekompilacji SIMPLE ERP oraz połączenie się bezpośrednio do ich*

bazy danych. Zapisy z tego punktu są niezgodne z prawem i wnosimy o ich wykreślenie z SIWZ. Ponadto Zamawiający jawnie wskazuje jednego wykonawcę, ponieważ szynę danych do systemu SIMPLE ERP oferuje tylko SIMPLE. Zamawiający nie przedstawił żadnej alternatywy dla tego wymagania (istnieją inne firmy które świadczą usługi integracyjne z SIMPLE (również świadczą usługi wdrożeniowe)). Pragniemy również zwrócić uwagę na niezgodności związane z zapisami mówiącym o dostępie do bazy danych „Przewiduje się integrację za pomocą technologii Web-service, SOAP lub REST lub inną równoważną” Prosimy o wskazanie właściwego sposobu integracji. Reasumując prosimy o wykreślenie punktu „Sposoby integracji z oprogramowaniem SIMPLE.ERP” lub dopuszczenie możliwości wyboru przez wykonawcę sposobu integracji.”

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zamawiający dopuszcza możliwość wyboru przez Wykonawcę sposobu integracji.”

Mając zatem na uwadze treść postawionego pytania, jak i treść udzielonej odpowiedzi, a także dokonaną w związku z tym przez Zamawiającego modyfikację OPZ, należy stwierdzić, iż w toku Postępowania, przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający wyraźnie i wprost dopuścił możliwość wyboru przez wykonawcę sposobu integracji, tj. także możliwość zaoferowania innego sposobu integracji bez udziału podmiotu Simple S.A. (Odwołującego) – ten z udziałem tego podmiotu był już jednoznacznie w treści SIWZ przewidziany.

W związku z powyższym okoliczność braku przewidzenia w ramach złożonej oferty sposobu integracji z udziałem podmiotu Simple S.A. (Odwołującego) nie może zostać uznana za potwierdzającą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, albowiem wymóg taki nie został przez Zamawiającego określony.

Po drugie, należy zauważyć, iż okoliczność możliwości wyboru sposobu integracji, jakkolwiek nie wprost, lecz pośrednio, wynikała już z wcześniejszych zapisów SIWZ (w związku z przywołanymi przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) - na którą to okoliczność wskazał również sam Odwołujący w toku rozprawy */protokół posiedzenia i rozprawy - stanowisko dotyczące wniosku Zamawiającego o częściowe odrzucenie odwołania/*.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Odwołującego, iż ani Przystępujący, ani wykonawca BOS nie może samodzielnie zrealizować zamówienia, ponieważ nie zapewni integracji dwustronnej (tj. Wykonawca może samodzielnie odczytywać dane z ERP, ale nie może samodzielnie zapisywać danych do systemu ERP (umowa serwisowa wprost zabrania tego rodzaju działań), a zgodnie z posiadaną umową serwisową Zamawiający nie może

wprowadzać nieautoryzowanych zmian w bazie danych – stwierdzić należy, iż okoliczność ta nie została przez Odwołującego udowodniona.

Jako dowód w sprawie Odwołujący złożył umowę serwisową z dnia 2 lutego 2017 r. powołując się na postanowienia zawarte w pkt 5.1 oraz 5.2. Jak jednak wynika z treści tych postanowień umownych, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, nie zakazują one dokonywania modyfikacji zapisu wartości danych w bazie danych za pomocą narzędzi zewnętrznych, lecz wyłączają jedynie odpowiedzialność Odwołującego z tego tytułu.

Ponadto wymaga zauważenia, iż ww. umowa dotyczy świadczenia przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego usług Opieki Serwisowej jedynie w okresie do dnia 31 stycznia 2018 r.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Wymaga również dodania, iż na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia sposobu integracji z systemem Zamawiającego w celu dokonania oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ /dokumentacja Postępowania/. Weryfikacja w tym zakresie ma nastąpić na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na marginesie należy wskazać, iż fragment *in fine* pkt 7 OPZ (dotyczący API), na który dodatkowo wskazywał Odwołujący, został przez Zamawiającego usunięty z treści OPZ w trakcie Postępowania /przed upływem terminu składania ofert/ w ramach modyfikacji treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzut nr 1 nie podlegał uwzględnieniu.

Ad. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty wykonawcy BOS mimo, iż zawierają rażąco niską cenę m.in. z powodu braku uwzględnienia i wyszacowania wszystkich elementów przedmiotowo istotnych, w tym kosztu integracji z dotychczasowymi systemami funkcjonującymi u Zamawiającego [zarzut nr 4] oraz alternatywnie wobec oferty wykonawcy BOS -

zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie i na zasadzie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wobec oferty wykonawcy BOS [zarzut nr 5].

Powyższe zarzuty były w przeważającym stopniu powiązane z zarzutem nr 1, albowiem Odwołujący powoływał się w tym zakresie na okoliczność nie uwzględnienia w treści oferty kosztów integracji przeprowadzonej w sposób uwzględniający udział Odwołującego i – w przypadku Przystępującego – uwzględniającej ofertę złożoną mu w tym zakresie przez Odwołującego.

Mając na uwadze fakt, iż ww. wykonawcy przewidują dokonanie integracji z systemem ERP Zamawiającego bez udziału Odwołującego, to zarzut nie uwzględnienia kosztu oferty (udziału) Odwołującego w tym zakresie należy uznać za całkowicie bezpodstawny.

W treści odwołania Odwołujący wskazywał również na brak uwzględnienia w zaoferowanej cenie kosztu zakupu licencji do generowania raportów. Jednakże, jak zauważył Przystępujący, wymóg dotyczący tej funkcjonalności dotyczy wyłącznie przypadku wymiany systemu ERP, co nie jest przewidywane w przypadku żadnej z ww. ofert.

Natomiast w odniesieniu do nadmienionych w trakcie rozprawy wątpliwości co do wiarygodności danych podanych w poz. nr 3 kalkulacji, wymaga stwierdzenia, iż okoliczność ta nie była przez Odwołującego wskazywana w treści odwołania (zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej pod pojęciem zarzutu należy w szczególności rozumieć zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne), a po drugie powyższe stanowisko Odwołującego w tym zakresie ograniczyło się wyłącznie do wyrażenia wątpliwości.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby nie potwierdził się ani zarzut zaniechania odrzucenia ofert Przystępującego oraz wykonawcy BOS, ani zarzut zaniechania wezwania wykonawcy BOS do złożenia wyjaśnień. Na marginesie jedynie należy wskazać, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty BOS jako zawierającej rażąco niską cenę nie mógł być skutecznie postawiony wobec braku uprzedniego przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe dokonanie czynności poinformowania Odwołującego w zakresie punktacji w kryterium właściwości funkcjonalne w odniesieniu do poszczególnych ofert złożonych w Postępowaniu - co stanowi wprost o braku uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny przez Zamawiającego [zarzut nr 3].

Jak wynika z przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest do niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej

(pkt 1); wykonawcach, którzy zostali wykluczeni (pkt 2); wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (pkt 3); wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu (pkt 4); dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów (pkt 5); nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów (pkt 6) oraz unieważnieniu postępowania (pkt 7) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Natomiast w ramach poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1) zamawiający obowiązany jest do podania m.in. punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, co nie jest równoznaczne z obowiązkiem zawarcia uzasadnienia faktycznego i prawnego także w odniesieniu do tych elementów. Jakkolwiek w okolicznościach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może zajść konieczność także przekazania wykonawcom, w ramach informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, uzasadnienia przyznania punktacji poszczególnym ofertom, to jednak taka sytuacja nie zachodzi w ramach niniejszego Postępowania. Wskazania wymaga, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 7 i 14) oraz odpowiedzią udzieloną w dniu 26 września 2017 r. na pytanie wykonawcy (nr 15) Zamawiający przyznawał punkty poszczególnym ofertom w ramach kryterium *właściwości funkcjonalne* na podstawie zawartych w tych ofertach oświadczeń (odpowiedź spełnia/ nie spełnia), natomiast weryfikacja tych oświadczeń była dokonywana wyłącznie w odniesieniu do oferty najwyżej sklasyfikowanej, na podstawie wyników prezentacji. Wszystkim ofertom przyznano w ww. kryterium maksymalną ilość punktów, zgodnie z oświadczeniami wykonawców zawartymi w tych ofertach. Ponadto, zgodnie z pkt 7.3.11 ppkt 12 SIWZ materiał audio-video z prezentacji stanowi załącznik do protokołu z Postępowania.

W takich okolicznościach, wskazanie w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, iż wszystkim ofertom przyznano maksymalną ilość punktów w ramach kryterium właściwości funkcjonalne, należy uznać za w pełni wystarczające w celu wypełnienia przez Zamawiającego normy zawartej w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym należało uznać, iż zarzut nr 3 nie potwierdził się.

Ad. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp [zarzut nr 2] oraz zarzut naruszenia art. 7 w związku z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie

Postępowania bez poszanowanie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania
[zarzut nr 6].

Konsekwencją uznania za niezasadne zarzutów nr 1 oraz 3 – 5 było również oddalenie zarzutów nr 2 i 6, nie mających charakteru samodzielnego lecz wynikających z tych pierwszych.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: