Sygn. akt: KIO 1596/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Joanna Gawdzik-Zawalska
Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez **wykonawcę SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy S.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAXBIT S.M. z siedzibą w Gliwicach**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą 2 SUPPORT M.G. z siedzibą w Markach,**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 lit. c i d oraz nr 3 lit. b odwołania uwzględnionych przez zamawiającego.**
2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 lit. a i b oraz zarzutu 3 lit a i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp.**
3. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
4. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie i**
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
   4.2. zasądza od zamawiającego Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt KIO 1596/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Dostarczenie i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego oraz uruchomienie posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania w części administracyjnej (TP –102/24/DW)."* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 kwietnia 2024 r., za numerem 2024/BZP 00306627/01.

W dniu 6 maja 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) opisania przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję;

2) określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający

uczciwą konkurencję tj.:

a) wskazanie konkretnego systemu informatycznego ERP, konkretnego producenta oprogramowania (InfoMedica, autorstwa Asseco Poland S.A.) jaki należy wdrożyć, powołując się na posiadanie przez Zamawiającego licencji do tego oprogramowania, co prowadzi do wyeliminowania możliwości zaoferowania, dostarczenia i wdrożenia wszystkich innych systemów informatycznych klasy ERP, w sytuacji, w której, obiektywnie możliwym i zaspokajającym uzasadnione potrzeby Zamawiającego, byłoby umożliwienie zaoferowania dostarczenia licencji innego oprogramowania i jego wdrożenie, które to oprogramowanie spełniałoby wymagania funkcjonalne systemu określone w SWZ,

b) wskazanie konkretnego producenta oprogramowania bazodanowego (Oracle Standard Editions 2) co prowadzi do wyeliminowania możliwości zaoferowania, dostarczenia i wdrożenia wszystkich innych systemów informatycznych klasy ERP funkcjonujących w oparciu o inne oprogramowanie bazowane, w sytuacji, w której, obiektywnie możliwym i zaspokajającym uzasadnione potrzeby Zamawiającego, byłoby umożliwienie zaoferowania oprogramowania

bazodanowego innego producenta,

c) brak opisania środowiska informatycznego Zamawiającego na potrzeby uruchomienia zamawianego systemu informatycznego i zawarcie w dokumentach zamówienia informacji, że informacje o tym środowisku informatycznym zostaną przekazane po zawarciu umowy, co uniemożliwia określenie zakresu i rozmiaru prac związanego z wykonaniem zamówienia i koniecznego do sporządzenia oferty,

d) przez uregulowanie obowiązku w zakresie integracji uruchamianego oprogramowania z innymi systemami informatycznymi bez określenia odpowiedzialności stron (Zamawiającego i Odwołującego) za poszczególne czynności związane z integracją oraz przeniesienie całości odpowiedzialności za przeprowadzenie integracji na wykonawcę zamówienia, w sytuacji, gdy przeprowadzenie integracji wymaga m.in. współpracy z innymi dostawcami systemów informatycznych, w których interesie (jako podmiotów konkurencyjnych) nie jest, aby przyszły wykonawca zrealizował zamówienie;

2. art. 436 pkt 1 art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp przez opisanie terminów realizacji zamówienia konkretnymi datami, a nie w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, co obiektywnie uniemożliwia wykonawcom określenie czasu jaki będą oni mieli na realizację zamówienia (począwszy od dnia zawarcia umowy), a wskazanie daty wykonania zamówienia konkretnymi datami nie jest uzasadnione obiektywną przyczyną;

3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy pzp przez opisanie warunków udziału w postępowaniu:

a) dotyczącego doświadczenia wykonawcy, uregulowanego w rozdz. XI pkt 4.1 SWZ, przez wymaganie wykonania referencyjnego zamówienia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w sytuacji, w której rękojmię należytego wykonania zamówienia może dać również wykonawca, który tego rodzaju zamówienie wykonał w okresie ostatnich 5 lat co oznacza, że przedmiotowy warunek nie został określony na tzw. minimalnym poziomie zdolności i ogranicza konkurencję zwłaszcza, że przedmiotem referencyjnego zamówienia musi być jedno wdrożenie systemu informatycznego i to dla podmiotu prowadzącego działalność leczniczą, obejmującego specyficzne i złożone zestawienie funkcjonalności (modułów), a w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminie składania ofert, tego rodzaju zamówień było obiektywnie niewiele,

b) dotyczącego doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, uregulowanego w rozdz. XI pkt 4.2.2 SWZ, przez wymaganie, aby osoba mająca pełnić funkcje kierownika zespołu posiadała doświadczenie zawodowe potwierdzone udziałem we wdrożeniach systemów informatycznych w części administracyjnej i medycznej, w sytuacji, w której, przedmiot zamówienia nie obejmuje wdrożenia części medycznej, a wyłącznie administracyjną i tym samym, przedmiotowy warunek jest nieproporcjonalny, bowiem referuje do zakresu wykraczającego poza przedmiot zamówienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na modyfikacji dokumentacji postępowania tj.:

a) rozszerzenia opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenia zaoferowania alternatywnie albo uruchomienia posiadanego przez Zamawiającego systemu InfoMedica albo dostarczenia licencji innego systemu informatycznego spełniającego wymagania OPZ i uruchomienia go wraz z przeprowadzeniem wskazanych w OPZ migracji i integracji,

b) dopuszczenia zaoferowania innego niż Oracle Standard Editions 2 oprogramowania bazodanowego,

c) opisania środowiska informatycznego Zamawiającego na potrzeby uruchomienia zamawianego systemu informatycznego;

d) wprowadzenie do OPZ postanowień w zakresie integracji systemów, zgodnie z którymi to Zamawiający pozyska 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, a tym samym, że to Zamawiający sfinansuje ewentualne koszty prac integracyjnych po stronie systemów obecnie wykorzystywanych przez Zamawiającego,

e) opisania terminu wykonania przedmiotu zamówienia w dniach, tygodniach lub miesiącach;

f) zmianę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. XI pkt 4.1 SWZ w zakresie terminu wykonania referencyjnej usługi z 3 lat do 5 lat przed upływem terminu składania ofert;

g) zmianę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. XI pkt 4.2.2 SWZ przez usunięcie wymagania posiadania doświadczenia we wdrożeniu systemów informatycznych w części medycznej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do rozpoznania na rozprawie wskazał:

[uzasadnienie zarzutu nr 1]

I. uruchomienie systemu InfoMedica.

Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako (cyt.): Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego oraz uruchomienie posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania w części administracyjnej (por. rozdz. IV ust. 1 SWZ). Zgodnie z rozdz. 1 OPZ: 1. Przedmiot zamówienia Przedmiot zamówienia obejmuje: a) Uruchomienie posiadanego przez Zamawiającego systemu InfoMedica. Zakres uruchamianych funkcjonalności opisano w pkt 1.2 Załącznika 2 do SWZ. b) Przeniesienie danych z obecnie użytkowanego przez Zamawiającego systemu SIMPE.ERP do uruchamianego systemu InfoMedica. Zakres migracji danych opisano w pkt 1.3 Załącznika 2 do SWZ c) Integrację uruchamianego oprogramowania InfoMedica z posiadanym przez Zamawiającego system Appmedica firmy INVEST IT Sp. z o.o. Zakres integracji opisano w pkt 1.4 Załącznika nr 2 do SWZ. d) Integrację uruchamianego oprogramowania InfoMedica z posiadanym przez Zamawiającego systemem HIS CliniNET firmy CompuGroup Medical Polska. Zakres integracji opisano w pkt 1.5. Załącznika nr 2 do SWZ. e) Integrację uruchamianego oprogramowania InfoMedica z posiadanym przez Zamawiającego systemem aptecznym ESKULAP firmy NEXUS Polska. Zakres integracji opisano w pkt 1.6 Załącznika nr 2 do SWZ. f) Zakup, dostawę i uruchomienie modułów oprogramowania aplikacyjnego w części administracyjnej opisanych w pkt 1.7. g) Udzielenie bezterminowej licencji na sieciowe użytkowanie zaoferowanego oprogramowania aplikacyjnego opisanego w pkt 1.7. h) Objęcie oprogramowania aplikacyjnego opisanego w pkt 1.7 gwarancyjnym nadzorem autorskim do dnia 31.12.2025 r. Jak wskazano z kolei w preambule Projektowanych postanowień umowy: Zważywszy na to, że Zamawiający posiada licencje na system informatyczny klasy ERP pod nazwą InfoMedica, autorstwa Asseco Poland S.A. (Zamawiający posiada licencje opisane w Załączniku nr 1 do Umowy, pkt. 1.2. OPZ) dla pełnego korzystania z funkcjonalności konieczne jest skonfigurowanie i uruchomienie posiadanych modułów. Ponadto, Zamawiający dodatkowo zakupuje moduły: Budżetowanie, Środki Trwałe, Wyposażenie, Elektroniczna inwentaryzacja (pkt. 1.7.OPZ), które muszą stanowić integralną część całego systemu. Jak więc wynika z powyższego, co do zasady, przedmiot zamówienia składa się z dwóch elementów:

1) uruchomienia posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania InfoMedica (a następnie przeprowadzenie wskazanych w OPZ migracji i integracji) w zakresie następujących modułów: Finanse – księgowość, System Wspomagania Decyzji, Windykacja, Rejestr sprzedaży, Rejestr zakupów, Kasa, Koszty, Wycena kosztów normatywnych świadczeń, Gospodarka materiałowa, Kadry, Płace, Ewidencja czasu pracy (Grafik), BHP/Ochrona radiologiczna, Portal Pracowniczy (wymagania funkcjonalne tych modułów opisano w pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ);

2) dostarczenie i uruchomienie modułów oprogramowania opisanych w pkt 1.7 OPZ, obsługujących takie obszary jak Budżetowanie, Środki Trwałe, Wyposażenie, Elektroniczna inwentaryzacja.

Zamówienie dotyczy systemu informatycznego klasy ERP, a więc systemu obsługującego tzw. administracyjną działalność Zamawiającego. Obecnie, u Zamawiającego wdrożony jest system ERP Odwołującego (co potwierdza zresztą sama treść OPZ). Odwołujący podkreślił, że rynek systemów informatycznych klasy ERP jest konkurencyjny i nawet w obszarze dedykowanym jednostkom prowadzącym działalność leczniczą, istnieje co najmniej kilka systemów informatycznych tego rodzaju. Zamawiający w treści dokumentów zamówienia oświadczył, że nabył licencje do modułów konkretnego systemu klasy ERP – InfoMedica, wskazując i opisując (przez opisanie ich funkcjonalności) te moduły w pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ, które wykonawca zamówienia będzie musiał wdrożyć. Ponadto, w pkt 1.7 OPZ, Zamawiający opisał (również przez wskazane funkcjonalności) moduły, które wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć i wdrożyć. Wszystkie te funkcjonalności (tak modułów co do których Zamawiający nabył już licencje InfoMedica, jak i do modułów zamawianych), są typowymi funkcjonalnościami systemów klasy ERP, które spełniają powszechnie oferowane na rynku tego typu systemy (np. system Odwołującego). Mimo, jednak, że:

1) Zamawiający nie korzysta obecnie z nabytych licencji do systemu InfoMedica (których sposób i okoliczności nabycia nie zostały wskazane w dokumentacji zamówienia), a dla uruchomienia modułów na korzystanie z których zezwalają wspomniane licencje potrzebne jest wykonanie szeregu prac informatycznych składających się na wdrożenie (uruchomienie)

2) moduły, o których mowa w pkt 1, mogłyby być przedmiotem licencji innego oprogramowania typu ERP niż InfoMedica,

3) obok wdrożenia (uruchomienia) modułów, do których licencje Zamawiający już posiada, wymaga on dostarczenia i wdrożenia modułów opisanych w pkt 1.7 OPZ

- Zamawiający faktycznie uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców innych niż producent (lub jego partner) systemu InfoMedica, bowiem nie umożliwia zaoferowania dostarczenia licencji na moduły spełniające wymagania określone w pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ, a następnie ich uruchomienia. Faktycznie więc, Zamawiający narusza art. 99 ust. 2 i 4 ustawy pzp wskazując na uruchomienie konkretnego systemu informatycznego ERP, konkretnego producenta oprogramowania, mimo, że nie ma ku temu uzasadnionych podstaw. Taką podstawą nie jest przede wszystkim fakt, że Zamawiający posiada już (nabyte w niewyjaśniony sposób) licencje do systemu InfoMedica. Skoro bowiem oprogramowanie zgodne z tymi licencjami nie zostało wdrożone (uruchomione) to potrzebę zakupową Zamawiającego można w sposób równoważny – a co najważniejsze konkurencyjny – zaspokoić alternatywnie przez:

1) uruchomienie modułów zgodnie z licencjami InfoMedica;

albo

2) dostarczenie licencji na moduły spełniające wymagania pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ innego producenta systemu ERP a następie ich uruchomienie.

Powyższe rozwiązanie jest to tyle możliwym, że jak wskazano wcześniej, Zamawiający posiada już system ERP Odwołującego, a tym samym moduły spełniające wymagania opisane w pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ, mogłyby być uruchomione na bazie oprogramowania ERP Odwołującego. Ta okoliczność jednoznacznie ukazuje nieuprawnione zawężenie przez Zamawiającego konkurencyjności postępowania, przez ustanowienie wymagania uruchomienia konkretnych modułów konkretnego producenta (modułów InfoMedica). Innymi słowy, spełnienie wymagań dla modułów opisanych w pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ, byłoby możliwe zarówno przy wykorzystaniu licencji InfoMedica jak i licencji na system ERP Odwołującego (a i prawdopodobnie, także innych licencji na inne systemy ERP), a mimo tego, Zamawiający ogranicza zamówienie jedynie do wymagania uruchomienia modułów zgodnie z licencją InfoMedica. Wcześniejsze działania Zamawiającego polegające na wejściu w posiadanie licencji do konkretnego oprogramowania informatycznego, nie mogą same w sobie prowadzić do zgodnego z przepisami ustawy pzp, ograniczenia konkurencji. Potwierdzają to m.in. opublikowane przez Prezesa UZP Rekomendacje dotyczące zamówień publicznych na systemy informatyczne (https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobrepraktyki/rekomendacje-dotyczace-zamowien-publicznych-na-systemy-informatyczne), zgodnie z którymi: Rekomendacja ogólna nr 9: Zamawiający powinien dążyć do zapewnienia, aby konkurencja w postępowaniu miała charakter międzymarkowy, a nie wewnątrzmarkowy Przez konkurencję międzymarkową należy rozumieć konkurencję pomiędzy różnymi producentami, natomiast konkurencja wewnątrzmarkowa odbywa się pomiędzy podmiotami oferującymi produkty tego samego producenta. Jeżeli zamawiający przewiduje wdrożenie systemu informatycznego od podstaw, ponieważ nie dysponuje jeszcze takim rozwiązaniem albo zamierza zastąpić dotychczasowe, przestarzałe rozwiązania, zasadą powinno być opisywanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby konkurencja odbywała się pomiędzy wykonawcami oferującymi rozwiązania różnych producentów. Stanowisko takie potwierdza też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W uchwale Izby z dnia 19 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 7/23), zaaprobowano stanowisko Prezesa UZP, zgodnie z którym Zamawiający nie ma możliwości powołania się na dysponowanie określonym systemem nabytym w uprzednio prowadzonym postępowaniu dla uzasadnienia zawężenia konkurencyjności postępowania, zwłaszcza w wypadku konkurencyjnego rynku systemów informatycznych oferowanych przez różnych producentów i wykonawców. Tego rodzaju postępowanie podmiotów zamawiających mogłoby być równym przyzwoleniu na obejście przepisów ustawy pzp, polegające na nabywaniu (nawet za obiektywnie niską cenę) licencji określonego oprogramowania, aby później, w postępowaniu pozornie konkurencyjnym, udzielać zamówienia na jego uruchomienie (wdrożenie), kierowanego faktycznie wyłącznie do podmiotów udzielających tych licencji lub ich partnerów. Taką praktykę zrównać należy z nieuprawnionym podziałem zamówienia na części w celu obejścia obowiązku stosowania przepisów ustawy pzp. Tę argumentację wzmacnia dodatkowo fakt, że głównym elementem kosztowórczym tego rodzaju zamówień są prace programistyczne (składające się na uruchomienie/wdrożenie oprogramowania), a nie wartości praw do korzystania z danego utworu (co czego uprawniają licencje). W świetle powyższego, aby przywrócić konkurencyjność przedmiotowego postępowania, zasadnym jest zmiana (rozszerzenie) przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie licencji na moduły opisane w pkt

1.2.1 – 1.2.14 OPZ i ich uruchomienie. W wypadku zastosowanego przez Zamawiającego kryterium (100 %) cenowego, realia rynkowe odzwierciedlą czy korzystniejszą finansowo dla Zamawiającego będzie oferta opiewająca na samo uruchomienie modułów, dla których Zamawiający posiada już licencje, czy opiewająca na dostarczenie licencji do modułów spełniających wymagania funkcjonalne wskazane w OPZ (niebędące jednak licencjami InfoMedica), a następnie na ich wdrożenie.

II. baza danych Oracle.

Ponadto, w § 1 ust. 1 Projektowanych postanowień umowy, Zamawiający uregulował definicje Oprogramowania Bazodanowego, o treści (cyt.): Oznacza program komputerowy Oracle Standard Editions 2. Do tej definicji odwołują się m.in. definicje Systemu Informatycznego czy Oprogramowania Systemowego. Również więc w tym wypadku, opis przedmiotu zamówienia został sporządzony przez wskazanie konkretnego produktu (Oracle Standard Editions 2) mimo, że nie wszystkie systemy informatyczne typu ERP jakie są oferowane na rynku, działają w oparciu o takie oprogramowanie (innym, jest np. Microsoft SQL, którym także dysponuje Zamawiający, korzystając obecnie z systemu ERP Odwołującego). Postanowienie to wskazuje na jeden konkretny produkt dostarczany przez jednego producenta - Oracle. Takie postanowienie stoi w jawnej sprzeczności z uregulowanymi w ustawie pzp zasadami sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, co rażąco ogranicza konkurencję w tym zakresie, że de facto eliminuje z postępowania tych wykonawców, którzy dostarczają swoje produkty oparte o inne rozwiązania bazodanowe np. MS SQL, mimo, że w sposób równoważny, rozwiązania takie mogą zaspokajać uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Wymaganie to może również prowadzić do wniosku, że Zamawiający w sposób nieuprawniony preferuje rozwiązanie InfoMedica produkcji Asseco Poland SA, a które oparte jest właśnie o bazę danych Oracle. Mimo też powołania się przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia na konkretne produkty (InfoMedica czy Oracle Standard Editions 2), Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia produktów równoważnych. Przemawia za tym treść rozdz. V SWZ, zgodnie z którym: W przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny". Ani jednak w przypadku powołania się na produkt InfoMedica ani Oracle Standard Editions 2, Zamawiający nie posłużył się wyrazami „lub równoważny". Tym samym, klauzula uregulowana w rozdz. V SWZ ma charakter pozorny.

[uzasadnienie zarzutu nr 2]

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 2 projektowanych postanowień umowy termin wykonania zamówienia opisano w następujący sposób:

1) wykonanie analizy przedwdrożeniowej dla dostarczanego (pkt 1.7 OPZ) i uruchamianego (pkt 1.2. OPZ) oprogramowania aplikacyjnego - do 45 dni od dnia podpisania Umowy;

2) dostarczenie oprogramowania i udzielenie licencji (zał. Nr 2) - w terminie do 60 dni od dnia podpisania Umowy;

3) przeniesienie danych do uruchamianego systemu - nie później niż do 30.09.2024 roku

4) wdrożenie dostarczanego oprogramowania (pkt 1.7 OPZ) oraz Uruchomienie posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania (pkt 1.2. OPZ) - nie później niż do 15.12.2024 roku;

5) integracja uruchamianego oprogramowania (zał. Nr 1 i 2) z systemami posiadanymi przez Zamawiającego - nie później niż do 30.11.2024 roku;

6) testy i odbiór końcowy, szkolenia - nie później niż 31.12.2024 roku.

Jak wynika z powyższego, poza terminem na wykonanie analizy przedwdrożeniowej, terminy wykonania zamówienia określono datą dzienną. Z tego względu, Wykonawcy, nie wiedząc, kiedy będą mogli rozpocząć realizację zamówienia (kiedy będzie miało miejsce zawarcie umowy z Zamawiającym), nie mają możliwości określenia czasu w jakim będą mogli wykonać przedmiot zamówienia, co przekłada się na brak możliwości oszacowania kosztów i ryzyk z tym związanych. Taki sposób opisania terminu realizacji zamówienia jest sprzeczny z art. 436 pkt 1 ustawy pzp, który jednoznacznie wymaga, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego określała terminy wykonania zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Ratio legis tego przepisu wyjaśnia komentarz do ustawy pzp wydany przez UZP: Pzp narzuca zatem zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy,

estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczać pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów. (por. H. Nowak i M. Winiarz [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 1154). Jednocześnie, brak jest obiektywnych przyczyn dla których Zamawiający opisał termin wykonania zamówienia datą dzienną i tym samym, opisana wyżej treść dokumentów zamówienia jest sprzeczna z art. 436 pkt 1 ustawy pzp i powinna zostać skorygowana.

[uzasadnienie zarzutu nr 3]

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy pzp, warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z orzecznictwa, tak krajowego jak i europejskiego wynika, że proporcjonalność warunku musi być rozpatrywana przez pryzmat celu w jakim warunek jest zastrzegany, a więc zapewnienia sobie przez zamawiającego wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, z tym, że warunku takie muszą być określane jako tzw. minimalne poziomy zdolności. TSUE w wyroku z dnia 16.09.1999 r., C-414/97 (Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii), że ocena warunku udziału w postępowaniu wymaga tzw. testu proporcjonalności, a więc wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Wspomniane orzecznictwo TSUE, za warunki nieproporcjonalne, uznaje takie, w których żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem jest nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok TSUE z dnia 27.10.2005 r., C-234/03 (Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa). Jał wskazuje się z kolei w orzecznictwie KIO: Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2020 r., KIO 1988/20). Jak wskazała KIO w wyroku z 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19: Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie […]. Wspomniane, minimalne poziomy zdolności wyznacza się z reguły z uwzględnieniem wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie ustanowił warunków udział w postępowaniu w sposób proporcjonalny. Zgodnie z rozdz. XI pkt 4.1 SWZ: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca: 4.1. wykaże, iż wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto, w ramach którego: 4.1.1. wdrożył zintegrowany system informatyczny w podmiotach prowadzących działalność leczniczą, obejmujący co najmniej moduły wymienione w szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Zał. nr 2 do SWZ) tj.: Finanse- księgowość, Kadry, Płace Grafiki czasu pracy, Rejestr sprzedaży, Rejestr zakupów, Kasa, Koszty, Gospodarka materiałowa, BHP, Portal pracowniczy, Środki trwałe, Budżetowanie; 4.1.2. przeprowadził szkolenie dla użytkowników systemu, w tym z zakresu administrowania dostarczonego systemu informatycznego. Na gruncie ww. warunku nieproporcjonalnym jest wymaganie wykonania referencyjnego zamówienia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący podkreślił, że warunek ten odwołuje się do doświadczenia wykonawcy, które – na gruncie warunku udziału w postępowaniu – potwierdzać ma zdolności organizacyjne podmiotu do wykonania zamówienia o określonej skali, w tym przy zastosowaniu określonych metodyk projektowych, które nie uległy znaczącej zmianie w okresie co najmniej ostatnich 5 lat (warunek nie bada przecież aktualności technologicznej oferowanego rozwiązania ani rozwiązania referencyjnego). Tym samym, rękojmię należytego wykonania zamówienia może dać również wykonawca, który tego rodzaju jak referencyjne zamówienie wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający nie ustanowił przedmiotowego wymagania na tzw. minimalnym poziomie zdolności. Skutkujące tym ograniczenie konkurencji jest o tyle bardziej jaskrawym, że referencyjna usługa opiewać musi na jedno wdrożenie systemu informatycznego dla podmiotu o określonym statusie (prowadzącego działalność leczniczą), obejmującego specyficzne i złożone zestawienie funkcjonalności (modułów). W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminie składania ofert, tego rodzaju zamówień było bardzo niewiele, co spowodowane było m.in. brakiem publicznych programów dofinansowujących takie zakupy przez jednostki ochrony zdrowia. W świetle powyższego, opisany warunek udziału w postępowaniu wymaga zmiany zgodnie z żądaniem petitum.

W dniu 27 maja 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uznaje w części odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia:

1. art. 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez:

c) brak opisania środowiska informatycznego Zamawiającego;

d) uregulowanie obowiązku w zakresie integracji uruchamianego oprogramowania z innymi systemami informatycznymi bez określenia odpowiedzialności stron za poszczególne czynności związane z integracją;

2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 p.z.p. poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu:

b) dotyczącego doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia poprzez wymaganie doświadczenia we wdrożeniu systemu informatycznego w części medycznej.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto w dniu 27 maja 2024 r. pisma procesowe w sprawie z wnioskiem o oddalenie odwołania złożyli Przystępujący Asseco oraz MAXBIT.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie:

- wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,

- wykonawca S.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAXBIT S.M. z siedzibą w Gliwicach,

- wykonawca M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą 2 SUPPORT M.G. z siedzibą w Markach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego Asseco i MAXBIT oraz dowody złożone na posiedzeniu i rozprawie przez Odwołującego (1. umowa między Zamawiającym a Asseco w zakresie działalności oddziału Gliwice wraz z aneksem na okoliczność wejścia w posiadanie licencji, których wdrożenie jest przedmiotem niniejszego postępowania i dzielenia zamówienia na części, dowód w zakresie zarzutu 1a; 2. artykuły branżowe odnośnie wyjaśnienia czym jest JPK na okoliczność wykazania braku zasadności twierdzeń o potrzebie posiadania jednego systemu ERP dla całej działalności Zamawiającego; 3. komentarz do ustawy o rachunkowości na okoliczność jw.; 4. wyciąg z instrukcji korzystania z systemu ERP na okoliczność, że obecnie posiadany system generuje scalone pliki JPK dla centrali i oddziałów; 5. dokumentacja zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu informatycznego dla Zamawiającego, zintegrowania Simple ERP z systemem HISS; 6. artykuły branżowe dotyczące baz danych Oracle i MS SQL odnośnie twierdzenia Zamawiającego o kosztach korzystania z tych programów; 7. dwie specyfikacje warunków zamówienia na okoliczność nie referencyjności doświadczeń, które mogły być nabyte na potrzeby spełnienia warunku; 8. Urzędowe potwierdzenie odbioru wraz z wyciągiem z instrukcji korzystania z systemu ERP na okoliczność, że obecnie w oparciu o posiadany system, który generuje scalone pliki JPK dla centrali i oddziałów plik zbiorczy JPK VAT jest wysyłany przez Zamawiającego do Ministerstwa) oraz Przystępującego Asseco (ogłoszenie o zamówienie z wolnej ręki na okoliczność, że występują sytuacje gdzie analogiczne zamówienie w celu ujednolicenia posiadanego oprogramowania jest udzielane w trybie z wolnej ręki).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba postanowiła na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 lit. c i d oraz nr 3 lit b odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego, wobec których nie zgłoszono sprzeciwu. Zgodnie z tym przepisem: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W*

takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów." Taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym – Zamawiający uwzględnił odwołanie w części a wykonawcy, którzy przystąpili po jego stronie do postępowania odwoławczego nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów uwzględnionych bez ich merytorycznego rozpoznania.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie zarzutów skierowanych do rozpoznania na rozprawie Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- *„IV. OPIS PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA, INFORMACJA O PODZIALE ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI 1. Przed zamówienia jest dostarczenie i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego oraz uruchomienie posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania w części administracyjnej. 2. Opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ)."*

- *„V. KLAUZULA RÓWNOWAŻNOŚCI W przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia został opisany przez wskazan znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny". W przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 PZP Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne". W przypadku wskazania w opisie przedmiotu zamówienia ww. określeń Zamawiający informuje, że zostały one podane wyłącznie w celu określenia wymaganych parametrów jakościowych, jakimi co najmniej winny odpowiadać zamawiane produkty/usługi. Takie parametry, gwarantowane przez określonych producentów, pozwolą Zamawiającemu na utrzymanie standardów koniecznych do zapewnienia wymaganej, jakości usług. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie nazw handlowych, dopuszcza jednocześnie wszelkie ich odpowiedniki rynkowe, nie gorsze niż wskazane w SWZ. Zwrot "równoważny" oznacza, że Zamawiający dopuszcza produkt lub usługę zbliżone pod względem parametrów technicznych lub jakościowych do produktu lub usługi dostarczanej przez konkretnego wykonawcę, co nie oznacza identyczności z produktem lub usługą wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia, ale posiadanie zbliżonych cech i parametrów funkcjonalnych. Zastosowanie produktów/usług równoważnych nie może pogorszyć, jakości osiąganych wyników ani negatywnie wpłynąć na prawidłowe użytkowanie lub funkcjonowanie produktu lub usługi zgodnie z ich przeznaczeniem. W przypadku zaproponowania przez Wykonawcę w ofercie produktów/usług równoważnych jakościowo do produktów/usług wskazanych przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że oferowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za powstałe szkody będące wynikiem dostarczonych przez Wykonawcę rozwiązań równoważnych. Rozwiązania równoważne muszą być zgodne w szczególności pod względem: 1) gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj, właściwości fizyczne, liczba elementów składowych), 2) charakteru użytkowego (tożsamość funkcji), 3) charakterystyki materiałowej (rodzaj i jakość materiałów), 4) parametrów technicznych (wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, konstrukcje itd.), 5) parametrów bezpieczeństwa użytkowania itp. W przypadku, gdy SWZ przewiduje obowiązek posiadania certyfikatów, przez certyfikaty równoważne Zamawiający rozumie certyfikaty, które są analogiczne co do zakresu z przykładowymi certyfikatami wskazanymi z nazwy dla danej roli, co jest rozumiane jako certyfikaty dotyczące: 1) analogicznej dziedziny merytorycznej wynikającej z roli, której dotyczy certyfikat, 2) analogicznego stopnia poziomu kompetencji, 3) analogicznego poziomu doświadczenia zawodowego wymaganego do otrzymania danego certyfikatu oraz potwierdzony jest egzaminem (dotyczy tylko tych ról, których przykładowe certyfikaty muszą być potwierdzone)."*

- VI. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA I TERMIN PŁATNOŚCI 1. Termin wykonania zamówienia: Wykonanie an przedwdrożeniowej dla dostarczanego (pkt 1.7 OPZ) i uruchamianego (pkt 1.2. OPZ) oprogramowania aplikacyjnego - do 45 dni od dnia podpisania Umowy; Dostarczenie oprogramowania i udzielenie licencji - w terminie do 60 dni od dnia podpisania Umowy, Przeniesienie danych do uruchamianego systemu - nie później niż do 30.09.2024 roku, Wdrożenie dostarczanego oprogramowania (pkt 1.7 OPZ) oraz uruchomienie posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania (pkt 1.2. OPZ) - nie później niż do 15.12.2024 roku; Integrację uruchamianego oprogramowania z systemami posiadanymi przez Zamawiającego - nie później niż do 30.11.2024 roku; Testy i odbiór końcowy, szkolenia - nie później niż do 31.12.2024 roku; Gwarancyjny nadzór autorski - do 31.12.2025 r.

- *„XI. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA (...) 4) zdolności techniczn*

zawodowej: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca:

4.1. wykaże, iż wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto, w ramach którego:

4.1.1. wdrożył zintegrowany system informatyczny w podmiotach prowadzących działalność leczniczą, obejmujący co najmniej moduły wymienione w szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Zał. nr 2 do SWZ) tj.: Finanse-księgowość, Kadry, Płace Grafiki czasu pracy, Rejestr sprzedaży, Rejestr zakupów, Kasa, Koszty, Gospodarka materiałowa, BHP, Portal pracowniczy, Środki trwałe, Budżetowanie;

4.1.2. przeprowadził szkolenie dla użytkowników systemu, w tym z zakresu administrowania dostarczonego systemu informatycznego."

Zgodnie z OPZ:

- „1. Przedmiot zamówienia Przedmiot zamówienia obejmuje:

a) Uruchomienie posiadanego przez Zamawiającego systemu InfoMedica. Zakres uruchamianych funkcjonalności opisano w pkt 1.2 Załącznika 2 do SWZ.

b) Przeniesienie danych z obecnie użytkowanego przez Zamawiającego systemu SIMPE.ERP do uruchamianego systemu InfoMedica. Zakres migracji danych opisano w pkt 1.3 Załącznika 2 do SWZ.

c) Integrację uruchamianego oprogramowania InfoMedica z posiadanym przez Zamawiającego system Appmedica firmy INVEST IT Sp. z o.o. Zakres integracji opisano w pkt 1.4 Załącznika nr 2 do SWZ.

d) Integrację uruchamianego oprogramowania InfoMedica z posiadanym przez Zamawiającego systemem HIS CliniNET firmy CompuGroup Medical Polska. Zakres integracji opisano w pkt 1.5 Załącznika nr 2 do SWZ.

e) Integrację uruchamianego oprogramowania InfoMedica z posiadanym przez Zamawiającego systemem aptecznym ESKULAP firmy NEXUS Polska. Zakres integracji opisano w pkt 1.6 Załącznika nr 2 do SWZ.

f) Zakup, dostawę i uruchomienie modułów oprogramowania aplikacyjnego w części administracyjnej opisanych w pkt 1.7.

g) Udzielenie bezterminowej licencji na sieciowe użytkowanie zaoferowanego oprogramowania aplikacyjnego opisanego w pkt 1.7.

h) Objęcie oprogramowania aplikacyjnego opisanego w pkt 1.7 gwarancyjnym nadzorem autorskim do dnia 31.12.2025 r."

- „1.7. Licencje a) Zamawiający wymaga dostarczenia licencji bezterminowych na każdy z elementów oferowanego systemu informatycznego, tzn. wszystkie funkcjonalności systemu informatycznego muszą być dostępne przez cały okres użytkowania systemu przez Zamawiającego, także w przypadku wygaśnięcia umów gwarancyjnych i serwisowych.

b) Przez pojęcie „Open" Zamawiający rozumie licencję bezterminową na nieograniczoną liczbę użytkowników i stanowisk komputerowych.

c) Wskazana liczba jako ilość licencji określa ilość jednocześnie korzystających użytkowników z danego modułu funkcjonalnego." 1.7.1. Wymagane licencje: Budżetowanie, Środki Trwałe, Wyposażenie, Elektroniczna inwentaryzacja

Zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ, Projektowane postanowienia umowy:

- „Zważywszy na to, że Zamawiający posiada licencje na system informatyczny klasy ERP pod nazwą InfoMedica, autorstwa Asseco Poland S.A. (Zamawiający posiada licencje opisane w Załączniku nr 1 do Umowy, pkt. 1.2. OPZ) dla pełnego korzystania z funkcjonalności konieczne jest skonfigurowanie i uruchomienie posiadanych modułów. Ponadto, Zamawiający dodatkowo zakupuje moduły: Budżetowanie, Środki Trwałe, Wyposażenie, Elektroniczna inwentaryzacja (pkt. 1.7.OPZ), które muszą stanowić integralną cześć całego systemu."

- „§ 1. Definicje: 1. Na potrzeby niniejszej Umowy Strony nadają wymienionym niżej pojęciom następujące znaczenie: (…) Oprogramowanie Bazodanowe - Oznacza programy komputerowy Oracle Standard Editions 2. (…) 2. Ilekroć w postanowieniach niniejszej Umowy pojęcia wymienione w ust. 1 niniejszego paragrafu zostały napisane dużą literą, pojęciom tym nadaje się znaczenie określone powyżej, chyba że określony termin został użyty w innym znaczeniu, co zostało wyraźnie zaznaczone w odpowiednim postanowieniu lub odmienne znaczenie danego pojęcia wynika z oczywistego kontekstu w jakim zostało ono użyte w przedmiotowym postanowieniu, a Strony zgodne są co do takiego znaczenia, odmiennego od określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu."

- „§ 8. Zobowiązania Stron 1. Zamawiający zobowiązuje się dołożyć niezbędnych starań zmierzających do umożliwienia Wykonawcy sprawnego wykonywania postanowień niniejszej Umowy, w szczególności poprzez udzielenie wszelkich

niezbędnych informacji, jak również zapewni Wykonawcy dostęp do Systemu Informatycznego oraz Oprogramowania Systemowego i Bazodanowego, w tym niezbędnych urządzeń, na których będzie instalowane Oprogramowanie Aplikacyjne."

Zarzut nr 1 lit. a odwołania.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu w zakresie zarzutu nr 1 lit. a odwołania była ocena czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z dyspozycją art. 99 ustawy pzp. Analiza dokumentów zamówienia oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzut odwołania się potwierdził. Zamawiający określił i opisał przedmiot zamówienia z naruszeniem zasad uczciwego konkurowania poprzez wskazanie na konkretny produkt – system informatyczny ERP, jednego producenta oprogramowania, który Zamawiający planuje uzyskać w wyniku ogłoszonego postępowania, bez możliwości zaoferowania produktów równoważnych, co doprowadziło do wyeliminowania produktów innych producentów spełniających wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Ustawa dopuszcza wskazanie na konkretny produkt jedynie w sytuacji, gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny" (art. 99 ust. 5 ustawy pzp). W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany opisać jakimi kryteriami będzie się kierował w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 ustawy pzp). Regulacje ustawowe determinują więc zgodność opisu przedmiotu zamówienia z zasadą uczciwej konkurencji. W art. 99 ust. 4 Ustawodawca za przypadek opisu przedmiotu zamówienia, który może naruszyć uczciwą konkurencję, uznał dokonanie opisu przez wskazanie na konkretny produkt, a więc podanie przykładowo znaku towarowego, który identyfikuje dany produkt dostarczany przez konkretnego wykonawcę (dyskryminacja bezpośrednia). Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia zostanie także naruszony, gdy przy jego dokonaniu zamawiający użyje określeń czy parametrów wskazujących w sposób pośredni konkretnego producenta lub konkretny produkt czego wyrazem jest zwrot „w szczególności" w treści ww. przepisu (dyskryminacja pośrednia). Z przepisu wynika więc zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Dalej podnieść należy jak stanowi art. 99 ust. 2 ustawy pzp, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zamawiający opisuje więc przedmiot zamówienia poprzez wskazanie parametrów go charakteryzujących, czy też funkcji jakie ma dostarczać. Przy dokonywaniu tej czynności zamawiający kieruje się celami, które zamierza osiągnąć i własnymi potrzebami. Potrzeby zamawiającego nie mogą jednak prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. W sytuacji więc gdy osiągnięcie planowanego przez zamawiającego celu jest możliwe przy rozszerzeniu parametrów przedmiotu zamówienia co przekłada się na otwarcie postępowania dla większego kręgu wykonawców to zamawiający nie może opisu ograniczyć.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy podkreślenia wymaga po pierwsze, że bezsporne było pomiędzy Stronami, i co wynika z dokumentów zamówienia, że przedmiot zamówienia wskazuje na konkretny produkt jednego producenta, którego Zamawiający oczekuje uzyskać w wyniku udzielenia zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił bowiem, że wymaga uruchomienia posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania InfoMedica (a następnie przeprowadzenie wskazanych w OPZ migracji i integracji) w zakresie następujących modułów: Finanse – księgowość, System Wspomagania Decyzji, Windykacja, Rejestr sprzedaży, Rejestr zakupów, Kasa, Koszty, Wycena kosztów normatywnych świadczeń, Gospodarka materiałowa, Kadry, Płace, Ewidencja czasu pracy (Grafik), BHP/Ochrona radiologiczna, Portal Pracowniczy (wymagania funkcjonalne tych modułów opisano w pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ) oraz dostarczenia i uruchomienia modułów oprogramowania opisanych w pkt 1.7 OPZ, obsługujących takie obszary jak Budżetowanie, Środki Trwałe, Wyposażenie, Elektroniczna inwentaryzacja. W konsekwencji, co Zamawiający przyznał na rozprawie, faktycznie o udzielenie przedmiotowego zamówienia może ubiegać się wyłącznie producent systemu InfoMedica. Jak wynikało z argumentacji zaprezentowanej przez Zamawiającego na rozprawie, aby Odwołujący czy też inny wykonawca oferujący systemy informatyczne ERP mógł złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu musiałby „wejść" w relację biznesową z producentem systemu InfoMedica.

Zamawiający podnosił co prawda, że są na rynku firmy, które oferują wykonanie usługi uruchomienia systemu innego producenta, w tym InfoMedica, niemniej jednak nie przedstawił w tym zakresie dowodów. Natomiast, co przyznał Przystępujący Asseco na rozprawie, wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego współpracują z Przystępującym Asseco. Argumentował również, że możliwym jest uruchomienie i wdrożenie systemu InfoMedica przez inny podmiot niż producent, niemniej jednak działanie takie obarczone jest wysokim ryzykiem naruszenia praw autorskich producenta i w konsekwencji roszczeń z tym związanych. Potwierdza to również dowód złożony przez Przystępującego Asseco: ogłoszenie o zamówienie z wolnej ręki. Dowód dotyczy Usługi opieki serwisowej i gwarancyjnej oraz usługi opieki konsultacyjnej nad systemem Simple.ERP użytkowanym w UCK WUM, a w uzasadnieniu trybu wskazano m. in. że Simple S.A. posiada wyłączne prawa autorskie i patentowe do oprogramowania Simple.ERP, które uprawniają go do modyfikacji i rozszerzeń obszarów funkcjonalnych. Zdaniem Izby okoliczności te przesądzają, że w postępowaniu z uwagi na powołanie się przy jego opisie na konkretny produkt wyłącznie jednego producenta doszło do wyeliminowania możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez innych producentów oferujących systemy informatyczne ERP o funkcjonalnościach wymaganych przez zamawiającego (naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy pzp). Zamawiający powołał się co prawda w pkt V SWZ na klauzule równoważności, ale nie wskazał kryteriów równoważności, gdyż zamówienie zostało ogłoszone w celu uzyskania konkretnego systemu informatycznego ERP. Jednocześnie wymaganie uruchomienia licencji InfoMedica, co oczywiste, determinuje także niemożliwość wykonania drugiego zakresu zamówienia, a więc dostarczenia i wdrożenia czterech dodatkowych modułów przez inny podmiot niż producent ww. systemu. Zamawiający swoim działaniem nie ograniczył konkurencji, ale wyłączył możliwość konkurowania w postępowaniu na uczciwych zasadach. Trudno bowiem za takie uznać konkurowanie przez podmioty, które pozostają ze sobą w relacjach biznesowych. Jest to wyłącznie pozorne konkurowanie o udzielenie zamówienia. Zamawiający jako gospodarz postępowania decydując się na jego ogłoszenie w trybie konkurencyjnym jest zobowiązany stworzyć jak najszersze ramy do uczciwego konkurowania pomiędzy podmiotami, którzy są zdolni wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami i uzyskać oczekiwane przez zamawiającego funkcjonalności. W niniejszej sprawie Zamawiający tylko pozornie nie wyłączył konkurencji. Zauważenia wymaga dalej, że zamawiający może ograniczyć konkurencję w postępowaniu, gdy oczekując uzyskania określonych funkcjonalności systemu z uwagi na swoje uzasadnione potrzeby ogranicza krąg wykonawców do tych, którzy oferują ich dostarczenie, uruchomienie i wdrożenie. Zamawiający jednak nie ograniczył postępowania w taki sposób, bowiem jak podnosił Odwołujący, wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności systemu zarówno w zakresie opisanym pkt 1.2.1 – 1.2.14 OPZ jak i pkt 1.7 OPZ są możliwie do zaoferowania przez szeroki krąg wykonawców specjalizujących się w systemach klasy ERP. Innymi słowy, moduły i funkcjonalności, których uruchomienia i wdrożenia Zamawiający wymaga spełniają także inne systemy, w tym Odwołującego a nie tylko system InfoMedica. Odwołujący nie kwestionował funkcjonalności, które mają być przedmiotem wdrożenia. Nie jest więc tak, że system InfoMedica ma jakieś szczególne właściwości i cechy, których wymagałby Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Ma to istotne znaczenie w kontekście potrzeb i celów jakie Zamawiający planuje uzyskać, a które Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie oraz zaprezentował na rozprawie. Potrzeby Zamawiający odnoszą się bowiem do kwestii niemających związku z tym, jakich cech systemu (funkcjonalności modułów) Zamawiający wymaga opisem przedmiotu zamówienia. Powodem, dla którego Zamawiający powołuje się na produkt konkretnego producenta w przedmiotowym postępowaniu jest fakt dysponowania licencjami systemu ERP InfoMedica (o czym mowa w preambule projektu umowy), do których korzystania Zamawiający uzyskał prawo Aneksem nr 1 zawartym w dniu 27 marca 2024 r. do umowy DO/Dz-382-53/24 zawartej w dniu 5 stycznia 2024 r. (dowód nr 1 złożony przez Odwołującego na posiedzeniu), nabytych uprzednio w wyniku postępowania w trybie z wolnej ręki przez Oddział NIO w Gliwicach. Dodatkowo, Zamawiający powołując się na fakt posiadania analogicznego systemu w dwóch pozostałych Oddziałach wskazywał na potrzebę uruchomienia i wdrożenia systemu InfoMedica również w Warszawie, aby doprowadzić do ujednolicenia wszystkich systemów. Okoliczności te dotyczą jednak nie cech przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu a faktu przywiązania Zamawiającego do konkretnego produktu jednego producenta. Zamawiający planując własną politykę zakupową powinien uwzględniać jednak wymagania wynikającego z ustawy pzp oraz z trybu postępowania, w którym decyduje się wyłonić wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający powinien zweryfikować i rozpatrzyć własne potrzeby i cele, względy organizacyjne i kosztowe przez pryzmat regulacji ustawowych. Zamawiający miał świadomość, uzyskując licencje w trybie niekonkurencyjnym, że ich uruchomienie i wdrożenie będzie mógł zlecić do wykonania wyłącznie podmiotowi, któremu przysługują autorskie prawa do systemu. Izba w całości podziela rozważania wynikające z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO/KD 7/23, że powoływanie się na dysponowanie uprzednio nabytym systemem nie sankcjonuje zawężenia konkurencji w postępowaniu, w szczególności, gdy jest to postępowanie ogłoszone w trybie konkurencyjnym, a wykonawców którzy oferują systemy informatyczne ERP o funkcjonalnościach wymaganych OPZ jest co najmniej kilku, czemu Zamawiający nie przeczył. Zdaniem Izby nie uzasadniają wyłączenia konkurencyjności w postępowaniu konkurencyjnym także okoliczności organizacyjne i finansowe, czy też chęć posiadania jednolitego

systemu we wszystkich trzech Oddziałach, gdyż tego rodzaju rozwiązanie informatyczne może zostać zaoferowane przez szeroki krąg wykonawców. Izba zauważa dalej, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, że pełna unifikacja systemów finansowo-księgowych, na którą powołuje się Zamawiający nie została wymuszona *„planowanymi zmianami legislacyjnymi, a mianowicie projektem Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 22 marca 2024 r. w sprawie dodatkowych danych, o które należy uzupełnić prowadzone księgi podlegające przekazaniu na podstawie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (rozporządzenie do ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych).”* Zamawiający nie przywołał przy tym żadnego postanowienia ww. Rozporządzenia, które stawiałoby przed Zamawiającym obligatoryjny wymóg posiadania jednolitych systemów (wdrożonego tego samego produktu tego samego producenta) dla wszystkich Oddziałów. Zamawiający wskazywał także, że *„Ministerstwo Finansów udostępniło również nowe struktury logiczne JPK_KR_PD oraz JPK_ST (łącznie nazywane JPK_CIT). Oznacza to, że od 1 styczn 2025 roku osoby prawne objęte podatkiem CIT będą zobowiązane do prowadzenia elektronicznie ksiąg rachunkowych, które w tej formie JPK_CIT będą przesyłane do urzędu skarbowego. (…) W przypadku struktury JPK_KR_PD obowiązkowym elementem raportowania już za pierwszy rok podatkowy, który rozpocznie się po 31 grudnia 2024 a przed dniem 1 stycznia 2026 są znaczniki identyfikujące konta ksiąg wykazywane według znaczników identyfikujących konta ksiąg rachunkowych. W przypadku struktury JPK_ST, oprócz informacji, które najczęściej zawarte są już w ewidencji środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych (jak np. wartość początkowa, metoda i stawka amortyzacji, data przyjęcia do używania), struktura obejmuje także nowe informacje w zakresie określenia rodzaju dokumentu stwierdzającego nabycie lub wytworzenie środka trwałego lub wartości niematerialnej i prawnej, numeru KSeF identyfikującego fakturę stanowiącą dowód zbycia, numeru NIP kontrahenta podatnika dokonującego zakupu środka trwałego lub wartości niematerialnej i prawnej.”*, przy czym nie wykazał, że te wymagania nie mogą zostać spełnione przez systemy informatyczne ERP innych wykonawców. Zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich uzasadnionych potrzeb, które wyraża poprzez opisanie funkcjonalności systemu, które chciałby uzyskać w wyniku udzielenia zamówienia. Funkcjonalności, które Zamawiający opisał w przedmiotowym postępowaniu nie stanowiły jednak bariery dla wykonawców oferujących systemy informatyczne klasy ERP, a wyłącznie wymóg uruchomienia konkretnych licencji. Abstrahując od sposobu w jaki Zamawiający obecnie faktycznie przygotowuje plik JPK VAT ze wszystkich Oddziałów, który przesyła do Ministerstwa oraz kwestii czy jest do tego zobowiązany to Zamawiający nie wykazał, że nie można uzyskać pełnej integracji ksiąg rachunkowych w zakresie raportowania JPK-CIT oraz JPK-ST w inny sposób, szczególnie że jak już wskazano to nie funkcjonalności systemu uniemożliwiają wykonanie zamówienia przez innych niż producent InfoMedica systemów. Jak wynika z dowodu nr 4 złożonego przez Odwołującego na posiedzeniu, możliwe jest wdrożenie takiej funkcjonalności, która pozwoli na nieutrudnione dołączanie do systemu plików, które scalone pozwalają na wygenerowanie jednego pliku przesyłanego do Ministerstwa. Jakkolwiek dowód dotyczy JPK VAT, co podnosił Zamawiający, to jednak przedstawia, że możliwe jest uzyskanie i wymaganie takiej funkcjonalności także dla pliku JPK-CIT, a bynajmniej Zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Argumenty natury legislacyjnej nie uzasadniają sposobu opisania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Cele jakie Zamawiający planuje osiągnąć, a o których mowa na str. 5 odpowiedzi na odwołanie: efektywne zarządzanie danymi, automatyczne przekazywanie danych między oddziałami, zautomatyzowanie procesów biznesowych oraz metod pracy, lepsza analiza danych i raportowanie: spójny system ułatwia analizę danych i generowanie raportów mogą zostać zrealizowane poprzez dostosowany do tych wymagań opis funkcjonalności systemu. Uzasadnieniem dla zawężenia konkurencji nie mogą być również kwestie dotyczące ewentualnych obaw Zamawiającego, że w przypadku wymiany systemów informatycznych ERP we wszystkich Oddziałach konieczne będzie „rozszycie” systemu InfoMedica funkcjonującego w Oddziale w Gliwicach oraz Krakowie także w części białej tzw. HIS. Słusznie Odwołujący podnosił, że przedmiotem niniejszego postępowania jest również m.in. integracja uruchamianego oprogramowania InfoMedica z posiadanym przez Zamawiającego systemem HIS CliniNET firmy CompuGroup Medical Polska. (pkt 1 lit. d OPZ) i w tym przypadku Zamawiający nie ma obaw dotyczących bezpieczeństwa danych. Jednocześnie Izba dostrzega, że każda wymiana w przyszłości systemu informatycznego, który stanie się przestarzały (jak sam podnosił Zamawiający rynek informatyczny jest rynkiem dynamicznie się rozwijającym) będzie wymagała ingerencji w strukturę obecnie używanych przez Zamawiającego systemów. Kwestia natomiast integracji między posiadanym systemem klasy HIS Zamawiającego a systemem klasy ERP Odwołującego (czy została przeprowadzona) jest zdaniem Izby irrelewantna dla oceny zarzutu, dlatego też dowody (dowód nr 5) złożone w tym zakresie przez Odwołującego Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Okoliczności organizacyjne, finansowe czy też gotowość Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania na wymianę systemów we wszystkich trzech Oddziałach również nie stanowią podstawy do wyeliminowania konkurencji w postępowaniu ogłoszonym w trybie otwartym, gdzie uczciwe konkurowanie jest jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych. Zamawiający wymagając wdrożenia konkretnego systemu informatycznego w postępowaniu ogłoszonym w trybie konkurencyjnym wykluczył możliwość zaoferowania systemu równoważnego do InfoMedica, eliminując z przetargu te produkty i wykonawców, którzy mogliby je zaoferować.

Zamawiający naruszył więc art. 99 ustawy pzp.

Izba będąc związana zarzutami a nie żądaniami odwołania orzekła inaczej niż wnioskował Odwołujący. Zauważenia wymaga, że naruszenie stwierdzone w wyniku uwzględnienia zarzutu nr 1 lit. a odwołania ma swoje zakotwiczenie u podstaw i jest ściśle związane z przygotowaniem postępowania (ustaleniem szacunkowej wartości zamówienia, jego opisu, warunków, kryteriów oceny ofert czy terminu realizacji). Istotą i celem ogłoszonego postępowania było bowiem uruchomienie i wdrożenie konkretnych licencji konkretnego producenta a nie jakiegokolwiek innego systemu informatycznego klasy ERP o funkcjonalnościach opisanych w OPZ. Dopuszczenie innych systemów do postępowania jak wnioskował Odwołujący prowadziłoby do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia w zależności od podmiotu, który składałby ofertę w postępowaniu. Inny byłby bowiem zakres dla Przystępującego Asseco (realizacja uruchomienia systemu InfoMedica, migracje i integracje oraz licencje i wdrożenie dodatkowych modułów), inny dla Odwołującego (rozszerzenie systemu na funkcjonalności opisane dla poszczególnych modułów, migracje i integracje oraz licencje i wdrożenie dodatkowych modułów) a jeszcze odmienny dla innego podmiotu oferującego systemy informatyczne ERP (licencje na wszystkie moduły objęte opisem przedmiotu zamówienia i ich wdrożenie, migracje i integracje), co niewątpliwe prowadziłoby do nieporównywalności złożonych ofert. Celem postępowania było wdrożenie konkretnego systemu informatycznego ERP, co narusza treść art. 99 ustawy pzp i niweczy jego istotę. Tym samym zdaniem Izby uzasadnione jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2430/19). W ocenie Izby, pomimo że postępowanie jest na etapie przed otwarciem ofert, kiedy dokumenty zamówienia mogą zostać zmodyfikowane to jednak wada jest nie do usunięcia w tym znaczeniu, że przedmiotem zamówienia jest uruchomienie konkretnego systemu informatycznego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji. W konsekwencji nie jest możliwa zmiana dokumentów zamówienia. Zmiana przedmiotu zamówienia wpływa, jak wskazano powyżej na kształt specyfikacji, ale również dotyczy etapu przygotowania postępowania do ogłoszenia (w tym szacowanie wartości zamówienia). Co do wymagania niemożliwości zawarcia ważnej umowy to Izba w całości podziela argumentację zaprezentowaną w wyroku KIO z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 2939/21:*„Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. (...) W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. − Kodeks cywilny. Art. 70^5 § 1 Kc stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania.*” Niewątpliwie, Zamawiający oczekując uzyskania konkretnego produktu oferowanego wyłącznie przez jeden podmiot wpływa na wynik tego postępowania – udzielenie zamówienia konkretnemu wykonawcy z wyłączeniem uczciwego w nim konkurowania.

Zarzut nr 1 lit. b odwołania.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Spór w zakresie zarzutu nr 1 lit. b odwołania podobnie jak co do zarzutu nr 1 lit. a sprowadzał się do oceny czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z dyspozycją art. 99 ustawy pzp. W zakresie tego zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający w dokumentach zamówienia wymaga systemu informatycznego ERP opartego o oprogramowanie bazodanowe Oracle Standard Editions 2 konkretnego producenta Oracle. Odwołujący argumentował, że pomimo klauzuli równoważności w treści SWZ Zamawiający nie dopuścił oprogramowania bazodanowego innego niż firmy Oracle. Zamawiający niezasadnie ograniczył konkurencję, gdyż wyeliminował z postępowania tych wykonawców, którzy dostarczają swoje produkty oparte o inne rozwiązania bazodanowe np. MS SQL, mimo, że w sposób równoważny rozwiązania takie mogą zaspokajać uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego.

Jak już wskazano zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na konkretny produkt jednego producenta. Ustawa dopuszcza taki sposób opisania przedmiotu zamówienia wyłącznie, jeśli zamawiający nie może go opisać w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub

równoważny", przy czym zamawiający określa kryteria w celu oceny równoważności. W przedmiotowym postępowaniu bezsporne było, że Zamawiający dopuścił w postępowaniu wyłącznie oprogramowanie bazodanowe Oracle Standard Editions 2, na którym oparty jest m.in. system ERP InfoMedica, którego uruchomienie i wdrożenie jest głównym przedmiotem zamówienia. Słusznie Odwołujący podnosił, że naruszenie uczciwej konkurencji wynika już z okoliczności, że Zamawiający wbrew regulacji ustawowej pomimo wskazania na konkretny produkt nie opisał kryteriów równoważności, tym samym nie dopuścił innego niż Oracle Standard Editions 2 oprogramowania bazodanowego. Strony były zgodne co do tego, że systemy ERP oferowane na rynku działają w oparciu o różne oprogramowania bazodanowe. Wskazaniem na konkretny produkt Zamawiający wyeliminował wykonawców, których systemy działają na innym niż firmy Oracle oprogramowaniu.

Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że *„Instytut posiada licencje oprogramowania bazodanowego Oracle Standard Editions 2 i dlatego wskazał to oprogramowanie, aby nie ponosić dodatkowych kosztów."* Oczekiwania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia jakim jest konkretny produkt: wdrożenie systemu ERP InfoMedica niewątpliwie spowodowało również wymóg dalszy oprogramowania bazodanowego, w oparciu, o które działa ww. system. Zamawiający nie przeprowadził więc analizy czy inne oprogramowania bazodanowe spełniają jego potrzeby, pomimo że ma świadomość, iż na rynku oferowane są różne bazy danych co wynika z odpowiedzi na odwołanie: *„produkty komercyjne (Oracle, MS SQL, Sybase) oraz darmowe (PostreSQL, MySQL)."* Zamawiający dodatkowo uzasadniał wymaganie konkretnego oprogramowania argumentując, że: *„Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że baza danych Oracle jest wydajniejsza niż baza danych MS SQL używana przez oprogramowanie Simple."* Zamawiający nie przedstawił jednak w tym zakresie dowodów, a doświadczenia Zamawiającego dotyczą wyłącznie porównania oprogramowania Oracle z MS SQL, pomimo że żądanie odwołania dotyczy dopuszczenia innego niż Oracle oprogramowania bazodanowego. Zamawiający wskazał wyłącznie na artykuł branżowy, w którym oceniono, że: *„Obecnie serwer Oracle to bardzo zaawansowana i najbardziej ceniona baza danych na świecie."* Nie oznacza to jednak, że inne bazy danych nie spełniają potrzeb Zamawiającego w sposób wystarczający. Zamawiający nie wskazał ani nie opisał, jakie właściwości, cechy tego oprogramowania mają dla niego istotne znaczenie. Co do kosztów to Odwołujący złożył dowód nr 6 na posiedzeniu – artykuł branżowy z 2 lutego 2021 r., z którego wynika, że 83% ankietowanych licencjobiorców Oracle Database uważa, że koszty obsługi są zbyt wysokie; główne problemy to konieczność aktualizacji i niska jakość wsparcia. Natomiast jak wynika z rankingu Gartnera, ocena oprogramowania MS SQL jak i Oracle Database jest na tym samym poziomie. Zdaniem Izby, istotnym jednak jest, że Zamawiający nie zdefiniował swoich oczekiwań względem oprogramowania bazodanowego, a wskazując na konkretny produkt konkretnego producenta w sposób nieuzasadniony wyeliminował możliwość zaoferowania innego, równoważnego oprogramowania, czym utrudnił uczciwą konkurencję.

Izba nie nakazała zgodnie z żądaniem odwołania dopuszczenia zaoferowania innego niż Oracle Standard Editions 2 oprogramowania bazodanowego, gdyż uwzględnienie zarzutu nr 1 a odwołania spowodowało skutek najdalej idący prowadzący do nakazania przez Izbę unieważnienia postępowania.

Zarzut nr 2 odwołania.

Zarzut nie potwierdził się.

Odnośnie do tego zarzutu Odwołujący podnosił, że poza terminem na wykonanie analizy przedwdrożeniowej, terminy wykonania zamówienia określono w postępowaniu datą dzienną. Wskazywał, że Wykonawcy, nie wiedząc, kiedy będą mogli rozpocząć realizację zamówienia (kiedy będzie miało miejsce zawarcie umowy z Zamawiającym), nie mają możliwości określenia czasu w jakim będą mogli wykonać przedmiot zamówienia, co przekłada się na brak możliwości oszacowania kosztów i ryzyk z tym związanych. Podnosił, że brak jest obiektywnych przyczyn, dla których Zamawiający opisał termin wykonania zamówienia datą dzienną co powoduje, że treść dokumentów zamówienia jest sprzeczna z art. 436 pkt 1 ustawy pzp.

Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie w świetle podnoszonych przez Zamawiającego uzasadnionych przyczyn określenia terminu wykonania zamówienia datą dzienną. Jak stanowi art. 436 pkt 1 ustawy pzp: *„Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: 1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną."* Ustawodawca dopuszcza zatem w przypadku wystąpienia po stronie zamawiającego obiektywnych przyczyn określenie terminu realizacji zamówienia w inny sposób niż objęty dyspozycją przepisu. Jak argumentował Zamawiający: *„rok obrotowy w NIO rozpoczyna się 1 stycznia każdego roku, co oznacza, że pełna ewidencja rachunkowa powinna rozpocząć się 1 stycznia 2025 roku, aby możliwa była kompletna sprawozdawczość za pełny okres obrotowy."* Oznacza to, że istotnym dla Zamawiającego jest, aby możliwa była

ewidencja rachunkowa rozpoczynająca się od 1 stycznia 2025 r. w działającym już systemie ERP. W ocenie Izby, zrozumiałym jest oczekiwanie dysponowania na początku roku obrotowego gotowym systemem, w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest jego uruchomienie i wdrożenie, a także przeprowadzenie integracji i migracji. Prowadzenie ewidencji na nowych zasadach wskazanych w ww. Rozporządzeniu i w związku z projektowanymi zmianami dotyczącymi JPK-CIT w sytuacji, gdy system będzie w tym czasie na etapie wdrożenia może być utrudnione, czy też obarczone ryzykiem błędów. Z drugiej strony Izba zauważa, że Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, że podane przez Zamawiającego terminy nie są realne, jak również nie sprecyzował w żądaniach, jaki termin byłby w jego ocenie wystarczający dla należytego wykonania zamówienia. Z tych powodów zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 3 lit. a odwołania.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu w zakresie powyższego zarzutu było ustalenie, czy Zamawiający ustanowił w postępowaniu warunek udziału dotyczący doświadczenia wykonawcy z pkt XI 4.1. SWZ w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuzasadniony nie eliminuje z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców dających rękojmię jego należytego wykonania. Odwołujący podnosił, że nieproporcjonalnym jest wymaganie wykonania referencyjnego zamówienia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, gdyż warunek odwołuje się do doświadczenia wykonawcy, które potwierdzać ma zdolności organizacyjne podmiotu do wykonania zamówienia o określonej skali, w tym przy zastosowaniu określonych metodyk projektowych, które nie uległy znaczącej zmianie w okresie co najmniej ostatnich 5 lat (warunek nie bada aktualności technologicznej oferowanego rozwiązania ani rozwiązania referencyjnego). Odwołujący argumentował, że referencyjny okres ma o tyle znaczenie, że usługa opiewać musi na jedno wdrożenie systemu informatycznego dla podmiotu o określonym statusie (prowadzącego działalność leczniczą), obejmującego specyficzne i złożone zestawienie funkcjonalności (modułów). W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest zasadne.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 112 ustawy pzp: *„1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności."* Ponadto, w myśl art. 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."*

Dalej podnieść należy, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl cytowanego wyżej art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: *„zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego."* W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału Zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy, zdaniem Izby Zamawiający ustalając warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy nie przeprowadził testu proporcjonalności. Jak wynika z odpowiedzi

na odwołanie, Zamawiający zastosował wprost przepis par. 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), który stanowi, że zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych – wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem Izby zastosowanie przepisu ww. Rozporządzenia nie zwalniało jednak Zamawiającego z obowiązku zweryfikowania czy warunek jak całość nie prowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania z postępowania wykonawców dających gwarancję należytej realizacji zamówienia. Słusznie podnosił Odwołujący, że warunek dotyczy rozbudowanego zakresu usługi, którymi wykonawca jest zobowiązany się wykazać co niewątpliwie Zamawiający powinien mieć na względzie ustalając okres referencyjny. Izba zwraca uwagę, że w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz usług dotyczył okresu dłuższego niż ostatnie 3 lata. Złożony przez Odwołującego na posiedzeniu dowód nr 7 jedynie dodatkowo potwierdza, że warunek udziału w postępowaniu w podobnych postępowaniach jak przedmiotowe prowadzonych w okresie referencyjnym ustalany był na mniej rygorystycznym poziomie (zamówienie na usługę wdrożenia systemu klasy ERP, nr TP/27/22 ogłoszone przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu) bądź zamawiający w ogóle odstąpił od stawiania takiego warunku (zamówienie na *„zakup i wdrożenie systemu informatycznego ERP do prowadzenia działalności wspomagającej działalność podstawową – tj. w zakresie części szarej (…)”* nr 28/ZP/2022 ogłoszone przez Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu). Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że: *„W ocenie Zamawiającego, niewykonanie żadnego wdrożenia w okresie ostatnich 3 latach (tym bardziej, że chodzi o zakończenie wykonania przedmiotu umowy, a rozpoczęcie jego realizacji mogłoby mieć miejsce wcześniej) wskazuje na brak potrzebnego doświadczenia w realizacji zamówienia w tak dynamicznej branży, jaką jest branża IT. Brak doświadczenia związanego z ciągłym wdrażaniem systemów informatycznych może wiązać się z szeregiem zagrożeń, które mogą negatywnie wpłynąć na sukces projektów wdrożeniowych. Niedostatek doświadczenia może skutkować niewłaściwym zarządzaniem projektem, co może prowadzić do opóźnień, przekroczeń budżetu i nieefektywnego wykorzystania zasobów. Ponadto, firmy bez odpowiedniego doświadczenia mogą nie posiadać dogłębnej wiedzy technicznej na temat narzędzi i technologii, które wdrażają, co może skutkować błędami w konfiguracji, optymalizacji i integracji systemów.”* W odniesieniu do powyższego Izba zauważa, że po pierwsze, warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu nie odnosi się do kwestii technologicznych związanych z wdrożonym systemem. Po drugie, Zamawiający posługuje się bardzo ogólnymi określeniami, jak brak doświadczenia w dynamicznej branży IT, zagrożenia dla sukcesu wdrożenia, brak dogłębnej wiedzy technicznej na temat narzędzi i technologii jednocześnie nie precyzując, jakie procesy technologiczne w branży IT miały miejsce w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert, które nie były znane wcześniej (w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert), a które mogłyby mieć wpływ na należytą realizację zamówienia w kontekście postawionych w postępowaniu wymagań. Po trzecie, Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że warunek spełnia określony krąg wykonawców (nawet ograniczony) ale obejmujący więcej niż jeden podmiot. W świetle powyższego należało stwierdzić, że Zamawiający nie ustalił warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy na minimalnym poziomie zdolności, a więc zgodnie z art. 112 ustawy pzp.

Izba nie nakazała zgodnie z żądaniem odwołania zmiany warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. XI pkt 4.1 SWZ w zakresie terminu wykonania referencyjnej usługi z 3 lat do 5 lat przed upływem terminu składania ofert, gdyż uwzględnienie zarzutu nr 1 a odwołania spowodowało skutek najdalej idący prowadzący do nakazania przez Izbę unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba, pomimo że jeden zarzut z czterech skierowanych do rozpoznania oddaliła to mając na względzie wagę zarzutów uwzględnionych, w szczególności zarzutu nr 1 a skutkującego nakazaniem unieważnienia postępowania odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania obciążając nimi w całości Zamawiającego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……