

Prezes**Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17 a

02-676 Warszawa

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Złotorzy
ul. Szpitalna 9 , 59-500 Złotorja
e-mail: sekretariat.wszp@gmail.com

Odwołujący: SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w
Warszawie

ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa

e-mail: przetargi@simple.com.pl

*reprezentowana przez**Marek Kociński - Pełnomocnik*

Dotyczy: *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostosowanie części administracyjnej systemu informatycznego Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego w Złotorzy do obowiązujących przepisów prawa i obowiązków”.*

Odwołanie WykonawcyPrzedmiot zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest dostosowanie części administracyjnej systemu informatycznego Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego w Złotorzy do obowiązujących przepisów prawa i obowiązków.

Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 774532-N-2020 w dniu 30.12.2020 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: <https://wszpzlotoryja.ibip.wroc.pl/public/>

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie przepisu art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „nPzp”, niniejszym wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostosowanie części administracyjnej systemu informatycznego Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego w Złotorzy do obowiązujących przepisów prawa i obowiązków”, zwane dalej „Postępowaniem”, prowadzonym przez Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Złotorzy, od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień



publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „dPzp”, czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) opisanu przedmiotu zamówienia;
- 2) ustanowieniu wymagań dotyczących prezentacji systemu

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 dPzp w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie prezentacji systemu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty wyrażające się w ustanowieniu wymagań dot. prezentacji systemu implikujących w zasadzie obowiązek dostarczenia przez wykonawcę (w ramach wspomnianej prezentacji), gotowego systemu (posiadającego wszystkie funkcjonalności o pełnej sprawności), w sytuacji, gdy wykonanie zamówienia polegać ma na wdrożeniu systemu, a więc na skomponowaniu na etapie realizacji umowy określonych w OPZ funkcjonalności zgodnie z wymaganiami i potrzebami Zamawiającego, co stanowiłoby w istocie wymaganie spełnienia świadczenia jeszcze przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 dPzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, wewnętrznie sprzeczny i niepozwalający pełne ustalenie zakresu przyszłego zobowiązania wykonawcy oraz związanych z tym kosztów oraz w sposób ograniczający konkurencję wyrażające się w ustanowieniu w całym opisie przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących integracji wdrażanych funkcjonalności z systemami posiadanymi przez Zamawiającego bez określenia odpowiedzialności stron w tym procesie, a także bez wskazania jakie możliwości integracyjne owe systemy posiadają, co w żaden sposób nie pozwala na zidentyfikowanie przedmiotu zamówienia w zakresie integracji oraz weryfikację, czy ten zakres zamówienia możliwy jest do wykonania i jakim kosztem;

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na modyfikacji dokumentacji postępowania tj.:
 - a) 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,
 - wskazana zostanie pełna lista systemów z którymi ma nastąpić integracja zamawianego systemu wraz z dokumentacją ich interfejsów wymiany



danych, oraz wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta integracja a w szczególności m.in.: specyfikacja interfejsu i protokołu wymiany danych w stopniu umożliwiającym ocenę i wycenę przez Wykonawcę prac niezbędnych do przeprowadzenia integracji, dokumentacja w/w elementów umożliwiających integrację w stopniu umożliwiającym ocenę i wycenę przez Wykonawcę prac niezbędnych do przeprowadzenia integracji, inne, niezbędne do wyceny informacje techniczne,

b) ustanowienie scenariusza prezentacji systemu zgodnie z wzorem załączonym do niniejszego odwołania;

2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

Legitymacja do wniesienia odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wdrażania systemów informatycznych dla podmiotów publicznych, jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia, a sformułowanie postanowień OPZ przez Zamawiającego uniemożliwia mu lub poważnie utrudnia ubieganie się o jego udzielenie. Rodzi to po stronie Odwołującego ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym i należnego wynagrodzenia z tego tytułu. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: *Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r. KIO 1776/17).

Uzasadnienie

[zarzut nr 1]

Zamawiający w specyfikacji wymagań funkcjonalnych zawarł kilkadziesiąt wymagań, do realizacji których niezbędne jest przeprowadzenie integracji z obecnie wykorzystywanym przez Zamawiającego systemem części medycznej bądź systemem EOD, natomiast nie określił odpowiedzialności stron w tym procesie, a także nie wskazał jakie możliwości integracyjne owe systemy posiadają.



W świetle powyższych postanowień należy stwierdzić, że Zamawiający określił tylko oczekiwany finalny efekt integracji, bez wskazania wykonawcom podstawowych danych, które umożliwią złożenie oferty w tym zakresie. że dla przeprowadzenia integracji niezbędne jest bowiem zapewnienie dokumentacji systemów z którymi przeprowadzona ma być integracja oraz opisanie wszystkich technicznych danych wspomnianych systemów. Wspomniane dokumentacje i dane muszą zostać pozyskane do producentów dotychczas funkcjonujących u Zamawiającego systemów. Tymczasem, OPZ nie dostarcza wspomnianych dokumentacji i danych, oraz przenosi na przyszłego wykonawcę obowiązek ich pozyskania.

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

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

[zarzut nr 2]

Zamawiający wymaga przeprowadzenia prezentacji funkcji wyspecyfikowanych w załączniku nr 1 do OPZ w celu potwierdzenia, że oferowane oprogramowanie spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający nie listy funkcji jakie będą sprawdzane na prezentacji nie dając tym samym Wykonawcy odpowiedniego czasu na przygotowanie się do weryfikacji systemu.

Na wstępie należy wyjaśnić, że wykonanie zamówienia opiewa na wdrożenie oprogramowania zawierającego określone funkcjonalności zgodnie z wymaganiami



Zamawiającego oraz na wykonaniu migracji danych i integracji oprogramowania z innymi systemami użytkowymi przez Zamawiającego. Innymi słowy, wykonanie takiego zamówienia polega na konfiguracji poszczególnych wymagań dostosowanych do konkretnego klienta (w tym wypadku Zamawiającego). Dopiero po wykonaniu wszystkich wspomnianych czynności, oprogramowanie osiągnąć może pełną, wymaganą przez OPZ funkcjonalność. Każdy wykonawca posiada trzon, szkielet oferowanego oprogramowania, który za każdym razem, podczas wdrożenia, dostosowuje poprzez integrację poszczególnych elementów w jedno spójne rozwiązanie, w zależności od preferencji i (często specyficznych) potrzeb zamawiającego. To właśnie etap wdrożenia systemu jest najbardziej czasochłonny z perspektywy wykonania przedmiotu zamówienia. Co więc istotne, przy tego typu zamówieniach, ich przedmiotem nie jest gotowy w dniu złożenia ofert produkt, a powstaje on - jest budowany, wdrażany i konfigurowany u danego zamawiającego zgodnie z wytycznymi zawartymi w OPZ przez określony w umowie czas (w przypadku tego zamówienia, co najmniej kilka miesięcy). Świadczenie wykonawcy jest więc konstrukcyjnie zbliżone do świadczenia z umowy o dzieło lub o roboty budowlane i nie posiada cech właściwych umowie sprzedaży. Wobec powyższego, należy podkreślić, że na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, żaden z wykonawców nie musi posiadać skonfigurowanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego funkcjonalności – wykonanie zamówienia polega bowiem na wdrożeniu „skrojonego na miarę” i zestawionego według wymagań gospodarza postępowania oprogramowania, co rozłożone jest w czasie, a swój początek ma dopiero po podpisaniu umowy ws. udzielenia zamówienia publicznego, a koniec, w przypadku tego postępowania, w najdalej w styczniu 2022 r.

Mając na względzie powyższe należy wskazać, że zgodnie ze Scenariuszem prezentacji systemu, Zamawiający przeznaczył na przygotowanie się przez Wykonawcę do prezentacji 3, specyfikując jednocześnie wyspecyfikował w OPZ około 770 funkcji w spośród których Zamawiający może wytypować ok. dowolnych 120, które będą podlegały prezentacji. Funkcjonalności te często zawierają wiele podpunktów które same w sobie można z powodzeniem uznać za osobne funkcjonalności.

W związku z powyższym, aby spełnić wymagania Zamawiającego, wykonawca na potrzeby prezentacji wykonać muszą w zasadzie kompletny, w pełni skonfigurowany system, tj. spełnić świadczenie już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego aby być gotowym na przeprowadzenie tak szerokiej prezentacji w tak krótkim czasie. Tak ukształtowane wymagania w zakresie prezentacji systemu nie są zgodne z przepisami ustawy PZP dotyczącymi próbki przedmiotu zamówienia, która z definicji zawierać może jedynie fragment, wycinek przyszłego przedmiotu świadczenia, o czym wypowiedziała się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza: *Żądanie zamawiającego przedstawienia próbki na etapie składania ofert jest elementem potwierdzenia przez oferenta umiejętności wykonania zamówienia, ale nie w rozmiarach i w zakresie wynikającym z SIWZ* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2014 r. KIO 1395/14). *Przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia, który nie stanowi prostej dostawy czy usługi, za niewystarczające należy uznać generalne żądanie potwierdzenia za pomocą próbki w pełnym zakresie wszystkich funkcjonalności systemu informatycznego* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2013 r. KIO 2600/13).

Rażącym przykładem takich, niedozwolonych wymagań, są te związane z koniecznością zaprezentowania działających integracji, które w oczywisty wręcz sposób możliwe są do zrealizowania już po skonfigurowaniu całego zamawianego systemu (warunkiem *sine qua non* integracji jednego systemu z drugim jest ich w pełni funkcjonalne zestawienie). Co więcej,



zgodnie z OPZ, omawiana integracja ma nastąpić przecież z wykorzystywanymi już przez Zamawiającego rozwiązaniami informatycznymi. Czasochłonność i zawansowanie organizacyjne spełnienia tego elementu świadczenia są oczywiste oraz dobitnie potwierdzają skalę wymagania Zamawiającego w zakresie prezentacji systemu. Zwrócić należy uwagę, że właściwym etapem do weryfikacji spełnienia przez wykonawcę takich wymagań jest etap realizacji umowy, a nie etap prezentacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosząc powyższy zarzut, podobnie jak pozostałe określone w odwołaniu, kwestionuje dochowanie przez Zamawiającego zasadom uczciwej konkurencji, co niesie za sobą istotne skutki procesowe w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie rozkładu ciężaru dowodu: *Z całą mocą podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2020 r. KIO 1592/20). *Fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2011 r. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2017 r. KIO 1174/17).

Biorąc pod uwagę powyższe wnoszę jak w *petitum*.

Z poważaniem

*Dokument opatrzony kwalifikowanym podpisem
elektronicznym osób upoważnionych do reprezentacji*

Załączniki:

- 1) odpis pełnomocnictwa wraz z odpisem KRS oraz potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) potwierdzenie uiszczenia wpisu;
- 3) scenariusz prezentacji,
- 4) potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

