

Płock, dnia 11 października 2023 r.

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

L. dz. 0159/2023

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Czempiniu sp. z o.o.
ul. Polna 2, 64-020 Czempień
tel. (61) 28 26 339, fax (61) 28 26 339
poczta elektroniczna: biuro@pgk-czempin.pl
strona internetowa: www.pgk-czempin.pl

Odwołujący: SoftHard S.A. z siedzibą w Płocku (09-407) przy ul. Granicznej 27
tel. 24 264 16 96, fax 24 262 25 72
poczta elektroniczna: plock@softhard.com.pl
strona internetowa: www.softhard.com.pl
REGON: 611420189
KRS: 0000217562

Postępowanie: zamówienie publiczne prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest **dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) w formie leasingu operacyjnego**

Nr postępowania: PGK/ZP/10/2023
Strona postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/829116>
Nr ogłoszenia BZP: 2023/BZP 00432731/01

Data powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania:
6 października 2023 r. – data udostępnienia SWZ na ww. stronie internetowej postępowania

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej *ustawą* lub *Pzp*

W imieniu i na rzecz Odwołującego, w oparciu o art. 505 ust.1 oraz art. 513 pkt 1-2 i art. 514 ust.1 ustawy, wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia,

zwanej dalej SWZ sporządzonej w postępowaniu na *dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) w formie leasingu operacyjnego*, oznaczonym przez Zamawiającego numerem sprawy PGK/ZP/10/2023, w zakresie następujących **postanowień SWZ**:

1. Pkt 4.1. SWZ oraz odpowiednio Załącznika nr 8 (Projektowane postanowienia umowy) zakresie leasingu operacyjnego,
2. Pkt 2 Załącznika nr 9 do SWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) w zakresie opcjonalnego Systemu informacji przestrzennej GIS,
3. Pkt 4.3-7 SWZ w zakresie równoważności.

Wskazanim postanowieniom SWZ zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1. **Art. 16 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy** poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w zakresie:
 - zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 4 obowiązku o treści : Zamawiający wymaga, aby oferowany ZSI spełniał poniższe wymagania: – umożliwiał pracę 10 użytkownikom, – **był systemem autorskim Wykonawcy we wszystkich jego obszarach funkcjonalnych**,
 - zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia systemu informacji przestrzennej GIS jako zamówienia opcjonalnego, przy jednoczesnym braku, wbrew ustawowemu obowiązkowi wynikającemu z art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazania w Załączniku nr 8 do SWZ okoliczności skorzystania z opcji a także, co należy podkreślić w zaprzeczeniu (sic!) w pkt. 4.2.8 ogłoszenia o zamówieniu – „Zamówienie obejmuje opcje: **Nie**”
2. **Art. 99 ust. 1, 4-6 ustawy** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący poprzez niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności zaniechanie, wbrew ustawowemu obowiązkowi podania w SWZ kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, przy jednoczesnym obciążeniem Wykonawców negatywnymi skutkami w zakresie wykazywania równoważności.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ:
 - 1) uzupełnienie treści załącznika nr 8 do SWZ przez określenie wszystkich okoliczności skorzystania z opcji w sposób zgodny z art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp;
 - 2) zmianę treści ogłoszenia w pkt 4.2.8. przez zmianę zapisu „Zamówienie obejmuje opcje: **Nie**” na zapis „Zamówienie obejmuje opcje: **Tak**”
 - 3) w zakresie zapisu pkt 4 załącznika nr 9 o treści „Zamawiający wymaga, aby oferowany ZSI spełniał poniższe wymagania: – umożliwiał pracę 10 użytkownikom, – **był systemem autorskim Wykonawcy we wszystkich jego obszarach funkcjonalnych**”, poprzez jego zmianę na następujący: „Zamawiający wymaga, aby oferowany ZSI spełniał

poniższe wymagania: – umożliwił pracę 10 użytkownikom, – **był systemem autorskim**

Wykonawcy we wszystkich jego obszarach funkcjonalnych z wyłączeniem funkcjonalności systemu informacji przestrzennej GIS”

3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym,

Uzasadnienie interesu prawnego:

Odwołujący oświadcza, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania albowiem Odwołujący jest wykonawcą, którego główny przedmiot działalności polega na wdrażaniu zintegrowanych systemów informatycznych swojego autorstwa oraz świadczeniu usług opieki powdrożeniowej (serwisu) tegoż oprogramowania. Zamawiający należy do grona podmiotów, dla których dedykowany jest zintegrowany system informatyczny Wykonawcy, co wynika z treści strony internetowej – zakładki „Oferta”. Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca ponad wszelką wątpliwość ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają przygotowanie i złożenie oferty a nawet mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu, która uwzględniając kryteria oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. To z kolei może doprowadzić do braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia. W tym miejscu należy wskazać na zachowujący swoją aktualność w obecnym stanie prawnym wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1691/12 i KIO 1704/12) zgodnie, z którym *„Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego”*.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość przesłankom wniesienia odwołania określonym w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) w formie leasingu operacyjnego.

W dniu 6 października 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie nr 2023/BZP 00432731/01 na stronie prowadzonego postępowania udostępniono dokumentację postępowania, w tym SWZ.

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia – w aktach postępowania

Ad. Zarzut opisany w pkt 1 tiret 1

W opisie przedmiotu zamówienia w treści załącznika nr 9 do SWZ widnieje zapis „Zamawiający wymaga, aby oferowany ZSI spełniał poniższe wymagania: – umożliwiał pracę 10 użytkownikom, – był systemem autorskim Wykonawcy we wszystkich jego obszarach funkcjonalnych”

W ocenie Odwołującego postawienie takiego warunku w połączeniu z treścią pkt 2 załącznika nr 9 do SWZ, który stanowi listę minimalnych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego, wśród których w tiret 17 jest wymieniony „System informacji przestrzennej GIS” – uniemożliwia skuteczne ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy oferują zintegrowany system informatyczny spełniający wszystkie wymagania funkcjonalne Zamawiającego oraz funkcjonalność „System informacji przestrzennej GIS” jako oprogramowanie innego producenta.

Oprogramowanie systemu informacji przestrzennej GIS jest systemem specjalistycznym, którego dostawą i wdrożeniem zajmują się wyspecjalizowane podmioty na rynku. Odwołujący dotychczas w swojej ponad 30-letniej praktyce, każdorazowo z sukcesami realizował dostawy zintegrowanego systemu informatycznego w połączeniu z systemami informacji przestrzennej GIS autorstwa innych producentów.

W ocenie Odwołującego specjalistyczny oraz niszowy charakter systemów informacji przestrzennej GIS wręcz przemawia za tym aby korzystać z rozwiązań podmiotów wyspecjalizowanych, na zasadzie że jak coś jest od wszystkiego to w rzeczywistości jest od niczego.

Jednocześnie taka formuła, w której system informacji przestrzennej GIS jest dostarczany przez podmiot inny niż producent ZSI, jest sprawdzonym modelem funkcjonującym na rynku, na potwierdzenie czego Odwołujący składa referencje z umów zrealizowanych w ostatnich miesiącach. Zapis w aktualnym brzmieniu wyklucza Odwołującego, który jest jednym z czołowych dostawców ZSI dla branży przedsiębiorstw gospodarki komunalnej, z udziału w przedmiotowym postępowaniu, kosztem „skazania” Zamawiającego na ofertę mniejszej liczby wykonawców i tym samym organizację przetargu w formule braku ofert konkurencyjnych.

W ocenie Odwołującego za wdrożeniem całego ZSI wraz z system informacji przestrzennej GIS jednego autorstwa nie przemawiają żadne logiczne argumenty w postaci lepszego: bezpieczeństwa, stabilności czy szybkości działania, ponieważ systemy informacji przestrzennej GIS dostępne na polskim rynku są z założenia dostosowane do współpracy z ZSI innych producentów a contrario system informacji przestrzennej GIS jest rozwiązaniem na tyle specjalistycznym i niszowym, iż producenci ZSI zazwyczaj nie trudnią się jego tworzeniem.

Według wiedzy Odwołującego jest jeden producent ZSI dysponujący jednocześnie autorskim systemem informacji przestrzennej GIS – Unisoft sp. z o.o. w Gdańsku, która to firma jest jednocześnie głównym konkurentem Odwołującego. Dlatego wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia wymogu pochodzenia systemu ZSI wraz z system informacji przestrzennej GIS, który nota bene Zamawiający opisał w SWZ jako zamówienie opcjonalne (sic!), od jednego producenta nosi znamiona **dyskryminacji pośredniej**, która narusza podstawowe zasady zamówień publicznych.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO/KD 78/19), ogłoszonej w następstwie kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „*Naruszenie*

zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 [aktualnie art. 99 ust. 4 – dodane przez Odwołującego] ustawy Prawo zamówień publicznych może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni, tj. poprzez wskazanie wprost na określonego producenta lub produkt albo poprzez takie opisanie parametrów/wymogów dotyczących zamówienia, które wskazuje na konkretnego producenta lub produkt. Na powyższe zwróciła uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 6 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 634/10, w którym stwierdziła, że: "dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenia tylko **jednego producenta**". Podobnie uzasadnienie Prezes UZP zawarł w wynikach kontroli doraźnej w sprawie o sygnaturze akt UZP/DKD/KND/46/11.

Tak określony przez Zamawiającego wymóg pochodzenia ZSI oraz GIS od jednego producenta wskazuje na jeden podmiot, który będzie spełnia ten wymóg.

Ponadto, na podkreślenie zasługuje dodatkowo okoliczność, iż rozwiązania oferowane przez Unisoft sp. z o.o. są kilkakrotnie (nawet 3-krotnie) droższe od ZIS autorstwa Odwołującego, co wynika z analizy sprawozdań finansowych.

Ad. Zarzut opisany w pkt 1 tiret 2

W opisie przedmiotu zamówienia w treści załącznika nr 9 do SWZ widnieje zapis o opcjonalnej możliwości zamówienia przez Zamawiającego systemu informacji przestrzennej GIS. Natomiast przepis art. 441 ustawy stanowi, że: *Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.*

W uznaniu Odwołującego Zamawiający w SWZ nie sprostął wymogom określonym w art. 441 Pzp. W załączniku nr 8 do SWZ nie zostały opisane okoliczności skorzystania z opcji oraz co dodatkowo istotne w pkt 4.2.8. ogłoszenia o zamówieniu widnieje zapis następującej treści: Zamówienie obejmuje opcje: Nie. Treści ogłoszenia o zamówieniu nie może różnić się czy nawet przeczyć analogicznym postanowieniom specyfikacji warunków zamówienia.

Wobec ww. sprzeczności w dokumentacji przedmiotowego postępowania Odwołujący nie jest w stanie przygotować oferty w zakresie opcji zamówienia systemu informacji przestrzennej GIS bez narażania się na odrzucenie jego oferty.

Ad. Zarzut opisany w pkt 2

W art. 99 ust. 1 Pzp ustawodawca unormował, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W pkt 4.3-7 SWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące równoważności, przy czym punkty te wydają się być skopiowaną treścią typową dla ogólnikowych wyjaśnień, komentarzy do ustawy czy innych składników piśmiennictwa, lub blankietowych szablonów dostępnych w internecie. Natomiast nie odnoszą do opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, w którym Odwołujący jest zainteresowany udziałem. Zamawiający bezrefleksyjnie przenosząc (kopiując) treść do „swojej” SWZ nie zweryfikował pod kątem jednoznaczności i kompletności opisu przedmiotu zamówienia.

Jedynie w sytuacji kiedy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco **precyzyjny i zrozumiały** sposób, może korzystać ze wskazań przedmiotowych czy podmiotowych, po wypełnieniu przesłanek dopuszczających odstępstwo od art. 99 ust. 1 i 4 Pzp. Jedną z nich jest wskazanie przez Zamawiającego kryteriów stosowanych przy ocenie równoważności.

Analiza SWZ w przedmiotowym postępowaniu prowadzi do przeświadczenia, że Zamawiający nie wie czy użył czy nie użył znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Ale na wszelki wypadek dodał dość obszerną aczkolwiek blankietową treść dotyczącą równoważności. Trudno też jednoznacznie doszukać się kryteriów jednoznaczności.

Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 474/21 „Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie określił w sposób **jasny i oczywisty, które konkretnie parametry** urządzenia nie będą uznawane przez niego jak równoważne.”.

Braki w opisie przedmiotu zamówienia uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej oferty i tym samym eliminują z możliwości wzięcia udziału w przetargu, co jest niezgodne z jego uzasadnionym interesem przejawiającym się w pozyskaniu tego zamówienia.

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Szersza argumentacja wraz z dowodami, na potwierdzenie zarzutów zawartych w niniejszym odwołaniu, zostanie zawarte w odrębnym piśmie procesowym.

Załączniki:

1. odpis z KRS Odwołującego,
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. dowody wskazane w treści odwołania.