

Kraków, 7 stycznia 2021 r.

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

Zamawiający: Uniwersyteckie Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej
ul. Powstania Styczniowego 9b, 81-519 Gdynia
REGON: 192953946, NIP 5862111467
KRS: 0000174213
Główny adres strony internetowej: www.ucmmit.gdynia.pl
E-mail: dzp@ucmmit.gdynia.pl
Tel.: +48 586998518, faks: +48 586229466

Odwołujący: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie
Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków
KRS: 0000303079, NIP: 6751382502, REGON: 120652221
e-mail: info@comarch.pl,
tel.: +48 12 646 10 00
reprezentowana przez Anetę Szulim
na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Wdrożenie EDM i usług z zakresu e-zdrowia oraz telemedycyny w Uniwersyteckim Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej w Gdyni, znak postępowania 16/UCMMiT/PN/2020 (nr nadany przez Zamawiającego), Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.U./S S252 28/12/2020), w dniu 28 grudnia 2020 roku, numer ogłoszenia: 2020/S 252-636654 (TED).

Przedmiot zamówienia: Wdrożenie EDM i usług z zakresu e-zdrowia oraz telemedycyny w Uniwersyteckim Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej w Gdyni

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych), Odwołujący wnosi odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu (opublikowanych w dniu 28.12.2020 r.), sformułowanych niezgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną dalej „PZP”, zarzucając Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do preferowania jednego podmiotu funkcjonującego na rynku oraz w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję oraz ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego.

poprzez naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych, informacji technicznych dotyczących integracji z aktualnie wykorzystywanym oprogramowaniem, jak również brak zapewnienia współpracy ze strony dostawcy, przenosząc na potencjalnego Wykonawcę obowiązek uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich kosztów wykonania tej operacji, w tym tych, na których wysokość potencjalny Wykonawca nie ma wpływu z uwagi na niezapewnienie potencjalnemu Wykonawcy przez Zamawiającego niezbędnych informacji potrzebnych do dokonania integracji, a w konsekwencji nałożenie na potencjalnego Wykonawcę obowiązku podjęcia współpracy z producentem systemu, z którym przedmiot zamówienia ma zostać zintegrowany, który to producent jest jednocześnie podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia i stawiając w uprzywilejowanej sytuacji tego producenta;
2. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez: brak dokładnego opisu procesu migracji, brak umieszczenia w SIWZ koniecznych informacji technicznych na temat migracji danych, koniecznych do jej przeprowadzenia, brak zapewnienia przez Zamawiającego współpracy koniecznej do wykonania

migracji danych, brak zobowiązania Zamawiającego do współpracy z wykonawcą w trakcie migracji danych, a zatem opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji skutkuje uprzywilejowaniem podmiotu będącego producentem migrowanych systemów w szczególności Compu Group Medical Polska Sp. z o.o.(CGM);

3. art. 8 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez wskazanie w SIWZ sposobu dokumentowania przebiegu prezentacji próbki/systemu, w sposób prowadzący do naruszenia zasady jawności postępowania i pisemności postępowania;
4. art. 29 ust. 2 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wprowadzenie nieuzasadnionego wymagania dostarczenia systemu w innych językach poza polskim (np. angielskim) ograniczając krąg potencjalnych wykonawców;
5. art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 2 ustawy PZP poprzez wprowadzenie w zakresie modułu Dokumentacja Formularzowa wymogu: zarządzania strukturą dokumentacji formularzowej w formie graficznej - w postaci schematu drzewa oraz w zakresie modułu Recepcja Ambulatoryjna wymogu: umożliwienia zmiany terminu jednej lub kilku wizyt z widoku graficznego terminarza z wykorzystaniem mechanizmu drag&drop (przeciągnij i upuść), co preferuje konkretnego wykonawcę, a tym samym należy uznać za sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji;
6. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny – nieprecyzyjnie opisana procedura oceny systemu informatycznego oraz niejednoznaczny – sprzeczne zapisy w treści SIWZ, który to opis może wprowadzić wykonawców w błąd oraz może mieć wpływ na przygotowanie oferty, co utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji w toku postępowania;
7. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia oraz ustalenie kryteriów oceny ofert (poza cenowych) w sposób preferujący jednego wykonawcę, a tym samym prowadzący do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
8. art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 471 , art. 473 § 1 oraz art. 483 § 1 i 484 § 2 Kodeksu cywilnego (dalej: "k.c.") poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku

zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, jak również poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy, przejawiający się w szczególności poprzez:

- a) skonstruowanie utrudniającego uczciwą konkurencję opisu przedmiotu zamówienia przez nałożenie w SIWZ, na wykonawcę kar umownych, przy równoczesnym braku określenia górnego limitu kar umownych, tj. nie wprowadzenie w § 14 wzoru umowy górnego limitu kar umownych z tytułu opóźnienia Wykonawcy w dotrzymaniu wskazanych terminów, w wysokości nie przekraczającej kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (nie wprowadzenie górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia (w postaci nieterminowej realizacji) w wysokości odpowiadającej, co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 14 ust. 2 lit. d wzoru umowy na okoliczność odstąpienia od umowy),
- b) wprowadzenie zapisów regulujących rażąco wygórowane stawki kar umownych w § 14 ust. 2 lit. a, b, c, które również mogą ponadto prowadzić do podwójnego ukarania z tytułu tej samej okoliczności, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy PZP,
- c) wprowadzenie w § 14 ust. 2 lit a, b i c kar umownych, które obejmują odpowiedzialność za opóźnienie względem terminów oznaczonych w § 3 ust. 1 Umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w 12 ust. 8, a nie za zwłokę, co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego.

Wnioski i żądania Odwołującego zostały przedstawione pod zarzutami.

Ponadto Odwołujący wnosi o zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

Termin wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 roku, w tym samym dniu Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej. Mając na uwadze, iż wartość zamówienia w postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uregulowania zapisów wzoru umowy w sposób naruszający przepisy ustawy został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku działań Zamawiającego Odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie naruszające przepisy zaskarżone elementy SIWZ Odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. W zakresie postanowień SIWZ ujętych w istotnych postanowieniach (wzorze) umowy istnieje potencjalna szkoda związana z realizacją umowy na warunkach naruszających przepisy prawa cywilnego. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób sformułowania treści SIWZ przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie.

Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dowód w załączeniu).

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Wdrożenie EDM i usług z zakresu e-zdrowia oraz telemedycyny w Uniwersyteckim Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej w Gdyni.

Ad. zarzut nr 1 i 2

Integracja i migracja

W załączniku nr 2 OPZ zad.1., str 5 – Zamawiający wymaga integracji z następującymi systemami oraz urządzeniami:

2) Integracja:

A) Integracja oprogramowania aplikacyjnego HIS z systemem RIS/PACS firmy Pixel funkcjonującymi u Zamawiającego (opis wymagań funkcjonalnych w tym zakresie dla oprogramowania znajduje się w dalszej części SIWZ) w oparciu o standard HL7 lub wymiana systemu RIS/PACS;

B) Integracja systemu HIS z systemem LIS firmy Bruss wykorzystywanym przez szpital w oparciu o standard HL7;

C) Integracja systemu HIS z systemem do obsługi badań histopatologicznych firmy Synevo w oparciu o standard HL7,

D) Integracja systemu HIS z systemem Softmedica (Medycyna Pracy) lub zastąpienie go równoważnym systemem;

E) Integracja systemu HIS z systemem Hiperbaria (oprogramowanie autorskie) w oparciu o standard HL7;

F) Integracja systemu HIS z systemem firmy Olympus tj. Endobase (badania endoskopowe);

G) Integracja systemu HIS z systemem firmy GE tj. EchoPAC (echo serca);

H) Integracja systemu HIS z systemami firmy Mortara: tj. XScribe, HScribe (testy wysiłkowe, holtery ekg)

oraz w załączniku nr 2 OPZ zad.1., str 5 – Zamawiający wymaga migracji danych z posiadanych systemów:

3) Migracja danych:

A) Dane wymagane do pracy w nowym systemie przechowywane w dotychczasowym systemie InfoMedica/AMMS (HIS, EDM oraz ERP) muszą zostać przeniesione do nowego systemu tak aby zapewnić ciągłość pracy.

B) Wszystkie dane przechowywane w dotychczasowym systemie PACS/RIS firmy Pixel muszą zostać przeniesione do nowego systemu (w razie zastąpienia go nowym systemem innej firmy).

Ustalenie kosztów migracji i integracji z systemami posiadanymi przez Zamawiającego jest obowiązkiem Wykonawcy, a koszty integracji są częścią oferty składanej przez Wykonawcę na dostawę i wdrożenie SSI.

Zamawiający nie opisał zakresu integracji z wymienionymi systemami i urządzeniami oraz migracji z wymaganych systemów. Jedyne uszczegółowienie dotyczące zakresu integracji odnosi się do integracji z wymienionym systemem firmy Pixel (Integracja, pkt A). Jeśli chodzi o Sofmedicę (Integracja, pkt D - Zamawiający dopuścił wymianę systemu).

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wymienił jedynie listę systemów i urządzeń do integracji z wdrażanym systemem, natomiast nie jest zapewniony niezbędny udział producentów w procesie integracji oraz samego Zamawiającego, ani też nie jest zapewniony dostęp do dokumentacji w zakresie budowy interfejsów do integracji systemów.

Podobnie sprawa wygląda w temacie migracji danych z posiadanych przez Zamawiającego systemów dziedzinowych.

Pomimo najlepszych intencji Odwołującego, jak również innych potencjalnych wykonawców innych niż dostawca obecnego oprogramowania, nie da się na podstawie tak przygotowanego opisu zamówienia przygotować rzetelnej kalkulacji oferty, ani tym bardziej zrealizować poprawnie przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający stawia wymóg poniesienia dodatkowych kosztów integracji i migracji przez Wykonawcę, które to koszty mogą być również na rzecz podmiotów trzecich. Zamawiający nie zapewnia również swojego wsparcia podczas realizacji tej części projektu.

Podkreślamy, iż przy takim opisie przedmiotu zamówienia, gdzie integracja i migracja są jednymi ze zobowiązań wykonawcy, udostępnienie specyfikacji technicznej na etapie postępowania jest niezbędne do oszacowania wykonania usług w celu złożenia oferty przez Wykonawców.

Interfejsy do integracji z systemami firm trzecich powinien zapewnić producent systemu lub Zamawiający, a nie Wykonawca w porozumieniu z Producentem (choćby z uwagi na warunki konkurencji pomiędzy firmami współpraca ta może napotykać na trudności, a ponadto producent wdrożonego systemu nie ma żadnych zobowiązań względem innego wykonawcy, co może stanowić pole do nadużyć, a jedynym

podmiotem mającym na niego wpływ w ramach istniejących zobowiązań umownych jest właśnie Zamawiający). Przy braku wsparcia ze strony Zamawiającego rozumianego jako zapewnienie wykonawcom interfejsów do integracji istnieje zatem ryzyko, że przedmiot zamówienia nie będzie mógł być przez wybranego wykonawcę zrealizowany, bo nie uzyska on żadnych informacji ani danych od producenta w/w systemów. Wykonawca nie mający wiedzy na temat systemów wdrożonych u Zamawiającego, z którymi ma dokonać integracji, nie będzie w stanie tego uczynić, ani rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności.

Odwołujący pragnie zaznaczyć, że podstawą do wykonania jakiegokolwiek migracji, a także do wyceny migracji i podjęcia decyzji co do możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu jest właściwie sporządzony opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien tak sporządzić opis przedmiotu zamówienia, aby było to możliwe – kompletnie i precyzyjnie.

Migracja jest punktem wdrożenia, który wymaga szczególnej współpracy firmy zlecającej migrację i ją wykonującej. Odwołujący pragnie zaznaczyć, że nowy Wykonawca może odpowiadać tylko za proces migracji, a nie za jakość migrowanych danych.

Odwołujący pyta więc, co ma być przedmiotem migracji oraz pragnie wskazać, iż Zamawiający nie określił zasad migracji ani nie opisał obowiązków stron projektu związanych z procesem migracji. Zamawiający używa sformułowań: „*Dane wymagane do pracy w nowym systemie przechowywane w dotychczasowym systemie*” czy też „*Wszystkie dane przechowywane w dotychczasowym systemie PACS/RIS*” – są to bardzo ogólne stwierdzenia i z tego opisu nie wynika co jest przedmiotem migracji, jakie dane są potrzebne Zamawiającemu do pracy w nowym systemie, z jakich baz danych ma nastąpić migracja, jaka jest wielkość danych do migrowania. W związku z powyższym Wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wycenić i zrealizować przedmiotu Zamówienia.

Zapisy SIWZ stawiają w uprzywilejowanej sytuacji aktualnego dostawcę systemów posiadanych, z uwagi na fakt, iż na ten moment jako jedyny z kręgu potencjalnych oferentów ma pewność, że przeprowadzenie integracji w ogóle będzie możliwe i wykonalne. Co więcej Wykonawca ten, w przeciwieństwie do pozostałych, nie będzie musiał występować o udostępnienie, jak i ponosić kosztów potencjalnej integracji, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie jego oferty.

Odwołujący zwraca uwagę, że w procedurze konkurencyjnej Zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienie. W związku z tym jedynym źródłem danych na temat przedmiotu zamówienia powinna być Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dostępna dla wszystkich wykonawców. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien udostępnić, jako element OPZ, zakres integracji oraz specyfikację techniczną systemów, z którymi żąda integracji wraz ze szczegółowym opisem interfejsów wymiany danych.

Zamawiający w treści SIWZ w odniesieniu do informacji dotyczących integracji dostarczanego oprogramowania z posiadanym przez Zamawiającego, opisał przedmiot zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wpływa na brak możliwości oszacowania przez wykonawców kosztów integracji oferowanego oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia, a także kosztów integracji z oprogramowaniem posiadanym.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie udostępnił Wykonawcy żadnych informacji w zakresie tego, co ma być przedmiotem migracji, przy braku określenia zasad migracji i obowiązków stron projektu związanych z procesem migracji, w sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji oraz dyrektywy ustawowe w zakresie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, ustanowione w treści art. 29 ust. 1 PZP.

W SIWZ, zgodnie z przepisami prawa Zamawiający winien zawrzeć wszystkie niezbędne informacje potrzebne wykonawcom ubiegającym się o realizację zamówienia do przygotowania rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu wykonawcy nie mają przekazanej wystarczającej wiedzy technicznej. Na skutek braku dostarczenia przez Zamawiającego niezbędnych danych dotyczących integracji i migracji, są one w istocie niemożliwe. Wykonawca również nie będzie w stanie rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności, a co za tym idzie, nie posiada niezbędnych informacji do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym. Jedynym wykonawcą mającym pełną wiedzę dotyczącą niezbędnej integracji i migracji jest dostawca aktualnie posiadanego oprogramowania, co jak już Odwołujący podnosił stawia go uprzywilejowanej pozycji wobec reszty wykonawców. Ponieważ jest on w stanie dokładnie oszacować wartość tych prac i precyzyjnie określić cenę ofertową. Zna on bowiem specyfikę tego systemu, wie też, jakiego nakładu pracy wymaga integracja i migracja, może precyzyjnie określić cenę zamówienia. Może on też niejako manipulować wynikiem postępowania oraz dzięki temu wyłącznie samemu móc uzyskać zamówienie.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty oraz w sposób, który mógłby utrudniać zachowanie uczciwej konkurencji w toku postępowania poprzez brak umieszczenia w SIWZ koniecznych informacji na temat integracji i migracji narusza przepisy ustawy PZP. Sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy byli w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji bądź nadmiernych ryzyk związanych z lukami w opisie przedmiotu zamówienia oszacować i złożyć ofertę. Źródłem danych na temat przedmiotu zamówienia powinna być SIWZ dostępna dla wszystkich wykonawców. SIWZ i Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie sprostali wymaganiom przepisów prawa, z uwagi na

brak wystarczających danych, co utrudnia, a nawet może uniemożliwić należyte przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników mających na nią wpływ.

Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że:

Ustalenie kosztów migracji i integracji z systemami posiadanymi przez Zamawiającego jest obowiązkiem Wykonawcy, a koszty integracji są częścią oferty składanej przez Wykonawcę na dostawę i wdrożenie SSI.

ponieważ wykonanie tego obowiązku poprzez oszacowanie ryzyk i dokonanie wyceny może być wręcz niemożliwe z uwagi na niewłaściwy, nieprecyzyjny, niekompletny opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2018 r., KIO 1023/18: nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

Nie ulega wątpliwości, że taki opis przedmiotu zamówienia uprzywilejowuje i preferuje jednego wykonawcę dostawcę systemu z którym ma być wykonana integracja i z którego ma nastąpić migracja.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ:

A: w zakresie migracji poprzez:

a) zmianę opisu przedmiotu zamówienia, poprzez zapewnienie współpracy Zamawiającego z Wykonawcą w zakresie migracji i dostarczenie przez Zamawiającego danych do migracji z aktualnie używanych systemów w uzgodnionym formacie XLS lub CSV oraz wskazanie wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja a w szczególności m.in.:

- ilości i rodzajów baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe, itp.);
- struktury poszczególnych baz danych;
- rozmiaru baz danych;
- sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych, itp.;
- zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów itd.);
- dla zapewnienia możliwości migracji danych rozliczeniowych informacji o:
 - numerze wersji rozliczeniowej zestawów,
 - czasie generacji zestawów,

- czasie ostatniej modyfikacji,
- numerze wersji pozycji rozliczeniowej,
- numerze pozycji rozliczeniowej,
- numerze instalacji,
- ID cykli oraz sesji terapeutycznych (o ile istnieją)
- ID instalacji zestawów,
- ID instalacji pozycji rozliczeniowej

oraz

- zapewnienia dostępu do wszystkich sprawozdawanych danych w ramach komunikatów ŚWIAD,
 - dla każdego zestawu przedstawienia statusu potwierdzenia zestawu świadczeń oraz statusu pozycji rozliczeniowych z podaniem kolejności ich potwierdzeń w formie niezaszyfrowanej,
 - dla każdego świadczenia przekazania informacji o tym czy dany zestaw świadczenia z wybranego roku został wysłany w wersji komunikatu wyższej niż obowiązywała w momencie jej utworzenia.
 - przekazania numerów wersji komunikatu ŚWIAD dla których dane zestawy był ostatnio pozytywnie potwierdzone przez NFZ.
- b) opisanie wielkości danych do zmigrowania;
- c) wprowadzenie zapewnienia Zamawiającego, że dokumentacja techniczna opisująca struktury danych w aktualnie użytkowanych systemach zostanie udostępniona Wykonawcy na jego żądanie;
- d) wprowadzenie zapewnienia Zamawiającego, że posiada wsparcie producentów aktualnego oprogramowania w celu przygotowania i dostarczenia przez Zamawiającego danych do migracji;
- e) wprowadzenia jednoznacznego zapisu, z którego wynika brak odpowiedzialności Wykonawcy za jakość dostarczanych danych do migracji przez Zamawiającego/Producentów systemów zastanych.
- f) Usunięcie wymogu, że Wykonawca pokryje koszty związane z migracją danych, jakie mogą się pojawić po stronie firm trzecich (Producentów systemów, z których trzeba migrować dane).

B: w zakresie integracji poprzez:

- a) Udostępnienie wykonawcom w ramach opisu przedmiotu zamówienia pełnej specyfikacji interfejsu i protokołu wymiany danych systemów posiadanych już przez Zamawiającego

- b) określenie jasnego zakresu czynności Zamawiającego, Wykonawcy i Producenta wdrożonego systemu/urządzenia przy procesie integracji z wdrażanym systemem.
- c) Usunięcie wymogu, że Wykonawca pokryje koszty integracji, w sytuacji, gdy koszty te byłyby związane z udziałem firm trzecich (Producentów systemów, z którymi trzeba zintegrować wdrażany system).

Ad. zarzut nr 3

Próbka – nagrywanie

W załączniku nr 2 OPZ zad.1., str 6 – Zamawiający napisał: Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokumentowania przeprowadzonej prezentacji w formie nagrania video.

Ponadto w SIWZ Rozdział XV pkt 1.2 m Zamawiający wskazał: *Weryfikacja funkcjonalności oprogramowania w formie prezentacji (testu) może być zarejestrowana przy użyciu kamery wideo wyłącznie przez Zamawiającego. Rejestracja wideo zostanie wykorzystana jako pomoc w sporządzeniu pisemnego protokołu z przeprowadzenia weryfikacji.*

Określenie w ten sposób dokumentowania prezentacji próbki stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy PZP, co prowadzi do naruszenia zasady jawności postępowania.

Odwołujący wskazuje, że podstawowym dokumentem z przeprowadzonej prezentacji próbki winien być protokół, do którego zapewniony będzie dostęp dla wykonawców, zgodnie z zasadą jawności postępowania. W orzecznictwie Izba dopuściła możliwość nagrania z tego badania, **ale uznała, że nagranie które nie było przewidziane w SIWZ jako element protokołu z postępowania** – nie jest też udostępniane innym wykonawcom na bazie art. 96 ust. 3 pzp. A co za tym idzie brak wskazania, iż nagranie video stanowi załącznik do protokołu z przeprowadzenia próbki, stanowi ograniczenie prawa wykonawców do zapoznania się z dokumentacją postępowania, a tym samym naruszenie jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady jawności.

Dokumentowanie przeprowadzonej prezentacji w postaci nagrania video zastrzeżone wyłącznie na rzecz Zamawiającego, przy równoczesnym baraku zapewnienia w SIWZ dostępu wykonawcy do tak zarejestrowanej czynności oraz braku możliwości nagrywania również przez wykonawcę prowadzi do naruszenia zasady jawności postępowania, ponieważ generalnie wykonawcy nie przysługuje prawo żądania innego udokumentowania tej czynności aniżeli w formie protokołu. Jak wskazano w wyroku z dnia z dnia 17 grudnia 2015 roku, KIO 2578/15: *Niezależnie jednak od sfery udokumentowania czynności badania próbki, niejednokrotnie charakter próbki a także sposób jej badania przemawia za uznaniem, że realizacja zasady jawności poprzez*

samo tylko zapoznanie się z protokołem dotyczącym dokonanych bez udziału wykonawców czynności, nie będzie spełniona. Tym samym jeżeli Zamawiający zastrzeżenie sobie prawo do dokumentowania przeprowadzonej prezentacji w formie nagrania video, to również w takiej samej formie winni mieć możliwość zapoznania się z przeprowadzoną czynnością wykonawcy.

Rodzi się pytanie dlaczego Wykonawca nie może zarejestrować swojej prezentacji (np. jako dowód do KIO w przypadku sporów z Klientem)? lub też uzyskać dostępu do nagrania Zamawiającego. KIO w jednym z wyroków potwierdziła że taka możliwość i takie utrwalenie byłoby najbardziej optymalne ze względów dowodowych.

Oczywistym skutkiem takiego zapisu jest pozbawienie Wykonawcy realnej możliwości korzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Zapis stanowi jaskrawe nadużycie pozycji Zamawiającego jako tworzącego SIWZ, w żaden sposób nie jest uzasadniony jego potrzebami (zwłaszcza, że zastrzeżenie sobie prawo do dokumentowania przeprowadzonej prezentacji w formie nagrania video), a nadto jest oczywiście i rażąco sprzeczny z zasadą jawności postępowania i obowiązkiem dokumentowania czynności przez Zamawiającego. Jest bowiem oczywistym, że Zamawiający, który chce kupić system informatyczny, w XXI wieku dysponuje prostym, tanim i jednoznacznym sposobem zabezpieczenia prawidłowości procedury udzielenia zamówienia jakim jest właśnie nagranie prezentacji oprogramowania i takie zabezpieczenie prawidłowości procedury jest jego obowiązkiem. Zapis dotyczący nagrywania prezentacji jest standardem i powszechnie akceptowaną normą w podobnych postępowaniach, w których zasada jawności jest realizowana zgodnie z PZP. Jednocześnie brak jest jakichkolwiek przyczyn (już nie mówiąc o przyczynach uzasadnionych i mających oparcie w przepisach prawa), dla których Wykonawca, który przedstawia prezentację, miałby być pozbawiony możliwości jej nagrywania lub dostępu do nagrania.

Jak wskazano w wyroku z dnia 2 października 2015 r., KIO 2035/15: *Żaden przepis ustawy P.z.p. nie wskazuje na wymóg rejestrowania (głosu czy obrazu) prac komisji przetargowej, także w trakcie badania próbek. Oczywiście, gdyby Zamawiający wskazał w zapisach SIWZ, że będzie dokonywał takich czynności (filmowania bądź innej rejestracji badania próbek), **powinien liczyć się z tym, że wówczas rejestr takich czynności stanowiłby załącznik do protokołu udostępniany na zasadach określonych w przepisach ustawy P.z.p. (...).***

Ponadto jak wskazano w wyroku z dnia 17 grudnia 2015 r., KIO 2578/15: *Z zasady jawności postępowania wynika obowiązek udokumentowania dokonywanych przez zamawiającego czynności a następnie udostępnienia dokumentów zainteresowanym wykonawcom, jeśli tylko taką chęć wyrażą. Obowiązek ten nie doznaje ograniczenia w odniesieniu do próbki (innego, aniżeli ustawowe ograniczenia, takie jak wynikające z tajemnicy przedsiębiorstwa), skoro próbka stanowi element oferty i służy do jej oceny.*

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ:

Wprowadzenie zapisu do SIWZ - regulaminu prezentacji próbki, iż z prezentacji zostanie sporządzony protokół, który będzie podpisany przez strony (zarówno przez Zamawiającego jak i Wykonawcy) i udostępniony Wykonawcy, gdzie zostanie odnotowany fakt prezentacji funkcjonalności systemu bądź rozbieżności w prezentacji, którego załącznik stanowić będzie nagranie video, które będzie udostępniane wykonawcom na takich samych zasadach jak protokół.

Ad. zarzut nr 4

Wielojęzyczność systemu

W załączniku nr 2 OPZ zad.1 – w wymaganiach funkcjonalnych dla systemu HIS i ERP, Diagnostyka obrazowa - wśród przywołanych wymagań specyfikowana została konieczność dostarczenia oprogramowania umożliwiającego pracę w innej wersji językowej:

4. 1 ADMINISTRACJA SYSTEMEM I WYMAGANIA OGÓLNE

ADMINISTRACJA SYSTEMEM

8.	System umożliwia konfigurację języka aplikacji dla użytkownika (co najmniej: polski, angielski).
----	--

WYMAGANIA OGÓLNE

153.	System posiada graficzny interfejs użytkownika. Zapewniona jest praca w środowisku graficznym na wszystkich stanowiskach użytkowników.
154.	System komunikuje się z użytkownikiem w języku polskim.
155.	Aby ułatwić pracę personelowi medycznemu pochodzącemu spoza Polski, istnieje możliwość uruchomienia systemu w innych językach poza polskim (np. angielskim).

315.	wydruk faktury w języku angielskim
------	------------------------------------

DIAGNOSTYKA OBRAZOWA

ADMINISTRATOR ARCHIWUM BADAŃ OBRAZOWYCH PACS

534	Moduł umożliwia komunikację się z użytkownikiem w języku polskim i angielskim.
-----	--

628	Moduł może komunikować się również w języku angielskim.
-----	---

DYSTRUBUCJA BADAŃ OBRAZOWYCH

641	Moduł umożliwia dystrybucję badań obrazowych poprzez przeglądarkę WWW.
642	Moduł dystrybucji badań umożliwia pracę w językach minimum: polskim i angielskim.

648:- Pomoc do programu w języku polskim, angielskim, niemieckim i rosyjskim

Podkreślenia wymaga fakt, iż wprowadzenie wielojęzyczności (utrzymania dwóch zintegrowanych wersji tego samego oprogramowania w dwóch językach - wersjach) na poziomie całości systemu jest kosztochłonne i może okazać się niezasadnym.

Zamawiający rozbudowuje zakres wdrożenia o konieczność wdrożenia kilku równoległych wersji systemu w różnych (dwóch) wersjach językowych, podczas gdy zdaniem Odwołującego – nie ma takich realnych potrzeb, a przepisy prawa polskiego wprost wymagają od osób korzystających ze zintegrowanych systemów szpitalnych znajomości języka polskiego. Zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (art. 29) osoba, której kwalifikacje zawodowe do wykonywania zawodu regulowanego albo podjęcia lub wykonywania działalności regulowanej podlegają uznaniu, jest obowiązana posiadać znajomość języka polskiego w stopniu niezbędnym do wykonywania danego zawodu albo działalności. Obowiązek znajomości języka polskiego przez personel medyczny wynika także pośrednio z przepisów ustawy o prawach z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, w szczególności art. 9 ust. 2 tej ustawy, zgodnie z którym *Pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego przedstawiciel ustawowy mają prawo do uzyskania od osoby wykonującej zawód medyczny **przystępnej informacji** o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu, w zakresie udzielanych przez tę osobę świadczeń zdrowotnych oraz zgodnie z posiadanymi przez nią uprawnieniami.* Nie można zatem przyjąć, iż ewentualna dokumentacja medyczna w języku obcym jest dokumentacją zawierającą przystępne dla pacjenta informacje. Biorąc pod uwagę powyższe personel Zamawiającego powinien posługiwać się językiem polskim w zakresie umożliwiającym wprowadzanie danych dotyczących stanu zdrowia pacjenta, a tym samym obsługi systemu. Jeśli personel medyczny ma znać język na takim poziomie (umożliwiającym wykonywanie zawodu i komunikację z pacjentem), to po prostu posiadanie przez Zamawiającego systemu w wersji angielskiej staje się zbędne.

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż utrzymanie spójności wersji językowej interfejsu do wprowadzonych przez użytkowników treści jest niemożliwe z uwagi na fakt, że dane dotyczące stanu pacjenta, wprowadzane będą przez znaczną część

personelu w języku polskim. Co kreuje sytuację, w której w systemie w wersji językowej np. angielskiej prezentowane będą treści – stanowiące wkład uzupełnionych dokumentów historii choroby – wytworzone w języku polskim. Zrozumiałym dla Odwołującego jest fakt, że część pacjentów mogą stanowić cudzoziemcy, dla których wprowadzone zgody będą stanowiły dokumentację wytworzoną w odpowiednim i zrozumiałym dla nich języku. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż zgoda np. na wykonanie zabiegu, przygotowana w odpowiednim, zrozumiałym dla pacjenta języku, nie stanowi o konieczności wdrożenia konkretnych wersji językowych samego oprogramowania, ponieważ użytkownikiem – operatorem – systemu jest personel Zamawiającego, a nie pacjenci, do których treści zgód byłyby kierowane.

Analogiczny wniosek – o zbędności systemu w wersji angielskiej – należy także przedstawić w stosunku do osób, które korzystają z tzw. części szarej systemu.

Zgodnie z ustawą z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości:

Art. 9. [Język i waluta ksiąg rachunkowych]

Księgi rachunkowe prowadzi się w języku polskim i w walucie polskiej.

Art. 10. [Dokumentacja systemu rachunkowości]

1. Jednostka powinna posiadać dokumentację opisującą w języku polskim przyjęte przez nią zasady (politykę) rachunkowości, a w szczególności dotyczące: (...)

art. 45 [Składniki sprawozdania finansowego oraz język i waluta; forma elektroniczna sprawozdania finansowego]

5. Sprawozdanie finansowe oraz sprawozdanie z działalności jednostki sporządza się w języku polskim i w walucie polskiej. Dane liczbowe można wykazywać w zaokrągleniu do tysięcy złotych, jeżeli nie zniekształca to obrazu jednostki zawartego w sprawozdaniu finansowym oraz w sprawozdaniu z działalności.

Niezależnie od w/w wymogów, zdaniem Odwołującego życiowe doświadczenie dowodzi, iż osoby, które zajmują się czy to rozliczeniami z NFZ czy też prowadzeniem ksiąg rachunkowych siłą rzeczy muszą znać język polski (choćby ze względu na to, iż w/w zakresy są regulowane polskimi przepisami prawa i zarządzeniami Prezesa NFZ w języku polskim), w takim stopniu, iż ewentualna dodatkowa wersja językowa jest po prostu zbędna. Trudno wyobrazić sobie bowiem personel administracyjny, który nie ma pojęcia o języku polskim i polskich przepisach prawa (i na bieżąco nie śledzi zmian w tych przepisach), a jednocześnie obsługuje szpital – czyli jednostkę prowadzącą najbardziej regulowaną pod kątem prawnym działalność – działalność leczniczą w jednostce sektora finansów publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Zamawiający w sposób nieuzasadniony rozbudowuje zakres przedmiotu zamówienia, co może spowodować wydatkowanie środków publicznych z naruszeniem zasady oszczędności i celowości. Należy zwrócić uwagę, że jest to nadmiarowe wymaganie, ponieważ nie jest to rozwiązanie standardowe, będące normą w postępowaniach tego typu. Podkreślenia wymaga fakt,

iż Zamawiający wydatkuje pieniądze publiczne, więc powinien sformułować zakres przedmiotu Zamówienia w jak najbardziej racjonalny sposób, aby nie dopuścić do sytuacji naruszenia i nadszarpnięcia budżetu przewidzianego na realizację tego zamówienia.

Zgodny z przepisami ustawy PZP opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 PZP) zachodzi, w sytuacji, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie bez uzasadnienia, polegające na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

W wyroku KIO/UZP 434/09, wskazano, że „Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia”.

Żądanie:

Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zmiany SIWZ polegającej na:

usunięciu z treści SIWZ (Załącznik nr 2 OPZ) wymagania dostarczenia oprogramowania zapewniającego możliwość pracy na innej wersji językowej, w szczególności:

4. 1 ADMINISTRACJA SYSTEMEM I WYMAGANIA OGÓLNE

ADMINISTRACJA SYSTEMEM

8.	System umożliwia konfigurację języka aplikacji dla użytkownika (co najmniej: polski, angielski).
----	--

WYMAGANIA OGÓLNE

153.	System posiada graficzny interfejs użytkownika. Zapewniona jest praca w środowisku graficznym na wszystkich stanowiskach użytkowników.
154.	System komunikuje się z użytkownikiem w języku polskim.
155.	Aby ułatwić pracę personelowi medycznemu pochodzącemu spoza Polski, istnieje możliwość uruchomienia systemu w innych językach poza polskim (np. angielskim).

315.	wydruk faktury w języku angielskim
------	------------------------------------

DIAGNOSTYKA OBRAZOWA

ADMINISTRATOR ARCHIWUM BADAŃ OBRAZOWYCH PACS

534	Moduł umożliwia komunikację się z użytkownikiem w języku polskim i angielskim.
-----	--

628	Moduł może komunikować się również w języku angielskim.
-----	---

DYSTRUBUCJA BADAŃ OBRAZOWYCH

641	Moduł umożliwia dystrybucję badań obrazowych poprzez przeglądarkę WWW.
642	Moduł dystrybucji badań umożliwia pracę w językach minimum: polskim i angielskim.

648:- Pomoc do programu w języku polskim, angielskim, niemieckim i rosyjskim

Ad. zarzut nr 5

Zamawiający poprzez wprowadzenie w zakresie modułu Dokumentacja Formularzowa wymogu: zarządzania strukturą dokumentacji formularzowej w formie graficznej - w postaci schematu drzewa oraz w zakresie modułu Recepcja Ambulatoryjna wymogu: umożliwienia zmiany terminu jednej lub kilku wizyt z widoku graficznego terminarza z wykorzystaniem mechanizmu drag&drop (przeciągnij i upuść), naruszył art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 2 ustawy PZP, z uwagi na preferowanie konkretnego wykonawcy, co należy uznać za sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji.

Zarządzanie strukturą dokumentacji formularzowej w formie graficznej - w postaci schematu drzewa

Zamawiający w treści Zał. nr 2 zad.1 w ramach modułu DOKUMENTACJA FORMULARZOWA pkt. 1005 wprowadza następujący zapis:

Moduł umożliwia zarządzanie strukturą dokumentacji formularzowej **w formie graficznej - w postaci schematu drzewa** zawierającego hierarchię dokumentacji formularzowej z co najmniej modułów obsługi pacjenta w oddziale, izbie przyjęć i gabinecie lekarskim.

Kluczowym dla realizacji powyższego wymagania jest prezentowanie odpowiednich elementów w łatwy i czytelny dla lekarza/użytkownika sposób, tak aby praca w systemie sprowadzała się do uzupełnienia odpowiednich dokumentów i nie wydłużała niepotrzebnie czasu pracy. Celem realizacji tego wymagania jest usprawnienie pracy w gabinecie czy na oddziale. Jednak nie jest uzasadnione w świetle przepisów prawa zamówień publicznych, aby Zamawiający powoływał się szczegółowo na opis konkretnych rozwiązań, chociażby poprzez wskazywanie konkretnych zadań jak np. zarządzania strukturą dokumentacji w formie graficznej – **w postaci schematu drzewa**, co prowadzi wyłącznie do ograniczenia konkurencji, a nie stanowi uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający wymaga, aby ta możliwość była zapewniona co najmniej z modułów obsługi pacjenta w oddziale, izbie przyjęć i gabinecie lekarskim – taka realizacja możliwa jest w konkretnej technologii oraz z wykorzystaniem konkretnych narzędzi. Zamawiający zobowiązany do zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie powinien formułować żądań ograniczających krąg potencjalnych wykonawców.

Powołanie się przez Zamawiającego na wskazane konkretne rozwiązanie nie jest niczym uzasadnione, a może okazać się niemożliwe do realizacji przez innych oferentów ze względu na wykorzystanie innej technologii.

Szczególnym narzuceniem konkretnej realizacji jest wymuszenie wprowadzenia rozwiązania „schematu drzewa” zapewniającego widok, który w postaci rozwijanego drzewa prezentuje listę dostępnych dokumentów medycznych w wymienionych wyżej obszarach. Zamawiający powołuje się na konkretną nomenklaturę tego rozwiązania oraz opisuje dokładnie sposób realizacji, domniemywać można, że niejako zaczerpnięty z konkretnego rozwiązania, który tak naprawdę sprowadza się do prezentowania konkretnych informacji układzie.

Samo wymaganie może zostać zrealizowane na szereg różnych sposobów, nie tylko poprzez wykorzystanie dedykowanych drzew rozwijanych. Dostępna dokumentacja może zostać zaprezentowana w układzie listy kolejnych dokumentów z możliwością ich grupowania czy wyszukiwania po fragmencie tytułu/nagłówek dokumentu. Skutkiem poprawnie zrealizowanej funkcjonalności powinna być możliwość łatwego dostępu do możliwej do uzupełnienia dokumentacji medycznej, aby skrócić czas obsługi pacjenta w systemie. Sposób w jaki dostęp do informacji będzie zrealizowany

zależy od konkretnej realizacji, struktury oraz technologii w jakiej została zaprojektowana aplikacja.

Termin jednej lub kilku wizyt z widoku graficznego terminarza z wykorzystaniem mechanizmu drag&drop (przeciągnij i upuść)

Zamawiający w treści Zał. nr 2 zad.I w ramach modułu RECEPCJA AMBULATORYJNA pkt. 1828 wprowadza następujący zapis:

Moduł umożliwia zmianę terminu jednej lub kilku wizyt z widoku graficznego terminarza z wykorzystaniem mechanizmu drag&drop (przeciągnij i upuść).
--

Zamawiający powołuje się na konkretne rozwiązanie – tj. przenoszenie wizyt z wykorzystaniem konkretnego narzędzia jakim jest mechanizm drag&drop. Zamawiający powołuje się tutaj na konkretną realizację. Różne rozwiązania mogą narzucać konieczność realizacji wymagania w różny sposób np. poprzez wybranie przenoszonej rezerwacji, podanie przyczyny modyfikacji, a następnie rezerwacji nowego terminu celem uzyskania tego samego efektu. Zamawiający ogranicza sposób realizacji do jednego konkretnego rozwiązania co wpływa również na ograniczenie konkurencji.

Sposób realizacji tego wymagania uzależniony jest również od technologii w której oprogramowanie jest wykonane, jak i od architektury oferowanego rozwiązania. Na rynku systemów HIS istnieje szereg rozwiązań które jako podstawową funkcjonalność oferują możliwość zmiany terminu – bez konieczności odwołania i ponownego rejestracji pacjenta – jednak ścieżka/sposób w jaki proces jest realizowany w każdym z tych systemów może być różny. Nietrudno się zgodzić, że dopuszczenie do sytuacji - w której jedno oprogramowanie odzwierciedla dokładnie elementy dostępne w innym oprogramowaniu – można by uznać za plagiat części rozwiązania. Treść SIWZ publikowanej w ramach zamówienia publicznego powinna posiadać znamiona zachowania zasad równej konkurencji – tym samym powinno dopuszczać inne realizacje tej samej funkcjonalności o ile oferują one osiągnięcie konkretnego celu.

Zamawiający wymagając takich szczegółowych wymagań co do interfejsu systemu ogranicza krąg wykonawców, bowiem nie zapewnienie dokładnie takiej realizacji wymagania stanowić będzie powód odrzucenia oferty.

Poprzez tak skonstruowany Opis przedmiotu zamówienia we wskazanych powyżej zakresach Zamawiający narusza dyspozycję art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, z uwagi na ograniczenie konkurencji do wykonawców, będących w stanie zaoferować wskazane powyżej sposoby realizacji wymagań Zamawiającego.

Zapisy SIWZ z tak wyspecyfikowanymi wymaganiami nie dają możliwości złożenia oferty przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia publicznego. Należy wskazać, że Zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i konstruując zapisy SIWZ powinien brać pod uwagę również innych kluczowych dostawców. Przy opisie przedmiotu zamówienia nie należy opierać się na danych rozwiązaniach wprost wskazujących na konkretny produkt czy rozwiązanie techniczne danego dostawcy, tak aby nie utrudniać złożenia oferty wykonawcom mogącym zrealizować z powodzeniem przedmiot zamówienia.

Przy uwzględnieniu zapisów dotyczących przedmiotu zamówienia we wskazanym powyżej zakresie należy uznać, że Zamawiający ograniczył krąg podmiotów mogących wykonać zamówienie do jednego dostawcy, który jest w stanie zaoferować konkretne rozwiązania (sposoby realizacji).

Odwołujący, powołując się na art. 29 ust. 2 ustawy PZP, podnosi, że Zamawiający nie może formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio naruszałby zasadę uczciwej konkurencji.

W opiniach Prezesa UZP, jak wynika z literalnej wykładni przepisu art. 29 ust. 2 ustawy PZP użyty w treści tego przepisu zwrot mógłby utrudniać uczciwa konkurencję, wskazuje, że do jego naruszenia wystarczające jest już jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Zatem zgodnie z brzmieniem wskazanego przepisu wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia. Ograniczeniem swobodnego kształtowania przez Zamawiającego sposobu realizacji potrzeb stanowi nakaz zachowania uczciwej konkurencji. Konkurencyjność polega na zapewnieniu jak najszerszego dostępu do zamówienia wykonawcom działającym na rynku, i nie może zostać ograniczona bez uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które w niniejszym postępowaniu nie występują. Zawężenie grona potencjalnych wykonawców nie może nastąpić w celu preferowania określonego wykonawcy, w szczególności poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania któregośkolwiek z potencjalnych wykonawców, którzy mogliby być zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

Tym samym, mając na uwadze zapisy art. 29 ust. 2 ustawy PZP nie można formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub pośrednio naruszałby zasadę uczciwej konkurencji.

W niniejszym postępowaniu sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, a sformułowanie go w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa.

Istnieją bowiem inne realizacje tej samej funkcjonalności, oferujące osiągnięcie konkretnego celu i w taki sam sposób zaspokajające wymagania Zamawiającego, a zatem nie ma konieczności narzucania tylko jednego rozwiązania. W konsekwencji nie

ma też uzasadnienia dla ograniczenia konkurencji do jednej, czy też być może nawet do więcej niż jednej firmy, jeżeli jednocześnie są na rynku inni wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia.

Wskazany powyżej opis przedmiotu zamówienia narusza art. 7 ust. 1 PZP i art. 29 ust. 2 PZP ograniczając uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Norma art. 7 ust. 1 PZP nakazuje Zamawiającym zachowanie zasad uczciwej konkurencji, przejawiających się w dawaniu wykonawcom równych szans. Istnieje więc zakaz takiego opisywania przedmiotu zamówienia które de facto determinuje wybór określonego wykonawcy lub podmiotów przez niego wskazanych.

Odwołujący ponownie wskazuje, że zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP zostały naruszone, bowiem ugruntowane jest stanowisko, że wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Zgodny z przepisami ustawy PZP opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 PZP) zachodzi w sytuacji, gdy Zamawiający opíše przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie bez uzasadnienia, polegające na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

W wyroku KIO/UZP 434/09, wskazano, że *„Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia”*.

W wyroku KIO z dnia 11 grudnia 2017 roku (KIO 2478/17, KIO 2480/17): *Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami. Konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji nie obliguje zatem zamawiającego do nabywania dostaw, usług lub robót, które nie będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom.*

Jednakże podkreślić należy, że potrzeby te muszą być realne, niezbędne, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione. (...) Wobec powyższego w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższe przepisy wskazują podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, które w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mają odniesienie do wszystkich czynności zamawiającego podejmowanych w procesie przygotowania i prowadzenia postępowania, zaś w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp odnoszą się wyłącznie do przedmiotu zamówienia, co stanowi dodatkowe podkreślenie ze strony Ustawodawcy znaczenia czynności opisu przedmiotu zamówienia dla zapewnienia uczciwej konkurencji. (...) rolą zamawiającego jest opisanie wymaganych funkcjonalności i oczekiwań (bez narzucania technologicznego sposobu ich osiągnięcia), a następnie ich wyegzekwowanie od wykonawcy podczas realizacji zamówienia i w odpowiednim okresie po oddaniu go do użytku. Tym samym zamawiający powinien określić w siwz swoje potrzeby co do funkcjonalności systemu (...) natomiast nie może wskazywać na jedno rozwiązanie technologiczne, jeżeli jest ono na tyle specyficzne, że utrudnia dostęp do zamówienia dużej części wykonawców. Taka bowiem sytuacja, tj. utrudnienie uczciwej konkurencji z powodu narzuconego technologicznego sposobu wykonania zamówienia, który nie jest niezbędny do właściwego funkcjonowania przedmiotu zamówienia, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zmiany SIWZ polegającej na:

1. zmianie z treści SIWZ (Załącznik nr 2 OPZ) poprzez zastąpienie aktualnej treści wymagania 1005 przez:

„Moduł umożliwia zarządzanie dokumentacją formularzową dostępną w poszczególnych gabinetach. Dokumenty powinny być prezentowane w postaci kolejnych formatek możliwych do wyboru w trakcie obsługi pacjenta.”

2. zmianie z treści SIWZ (Załącznik nr 2 OPZ) poprzez zastąpienie aktualnej treści wymagania 1828 przez:

„Moduł umożliwia zmianę terminu jednej lub kilku wizyt z widoku graficznego terminarza.”

Ad. zarzut nr 6

Zamawiający naruszył postanowienia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny – nieprecyzyjnie opisana procedura oceny systemu informatycznego oraz niejednoznaczny – sprzeczne/niejednoznaczne zapisy w treści SIWZ.

Nieprecyzyjna **procedura oceny systemu informatycznego**

W rozdziale II, w Załączniku nr 2 do SIWZ (OPZ) Zamawiający napisał:

II. Wymagane funkcje systemu

Wszystkie wymagania zamieszczone poniżej są obligatoryjne. Nie spełnienie któregokolwiek wymagania, jest jednoznaczne z nie spełnieniem wymagań SIWZ i skutkuje odrzuceniem oferty. Złożenie oferty oznacza, że funkcjonalność wymagana istnieje i jest zaimplementowana na dzień składania oferty. Zamawiający po złożeniu ofert przez Oferentów zastrzega sobie możliwość weryfikacji spełnienia przez oferowane programy wymogów postawionych w SIWZ a zwłaszcza szczegółowych funkcjonalności poprzez prezentację oprogramowania w siedzibie Zamawiającego.

W szczególności Odwołujący pragnie podnieść tutaj, iż ma wątpliwości co do tego, czy zapis: „Zamawiający po złożeniu ofert przez Oferentów zastrzega sobie możliwość weryfikacji spełnienia przez oferowane programy wymogów postawionych w SIWZ a zwłaszcza szczegółowych funkcjonalności poprzez prezentację oprogramowania w siedzibie Zamawiającego.” nie odbiega od zakładanego przez Zamawiającego regulaminu prezentacji próbki, w którym Zamawiający deklaruje iż: *Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zobowiązany będzie do złożenia na wezwanie Zamawiającego próbki oferowanego Systemu.*

Odwołujący swoją wątpliwość uzasadnia pytaniem, czy każdy Wykonawca zostanie wezwany do prezentacji systemu w siedzibie Zamawiającego i będzie prezentował cały system, czy też prezentacja przebiegnie zgodnie z regulaminem i scenariuszem zamieszczonym w OPZ.

Sprzeczne zapisy w treści SIWZ – wymagania obligatoryjne i dodatkowe na próbcie

W ramach dokumentacji dotyczącej niniejszego postępowania Zamawiający w treści Załącznika nr 2 specyfikuje listę funkcjonalności opcjonalnych systemu weryfikowanych na prezentacji – wśród nich wymienić należy:

4.	System udostępnia funkcję grafików przyjęć, umożliwiającą określenie dziennego limitu ilościowego przyjęć pacjentów do wybranych oddziałów i umożliwia zdefiniowanie usługi głównej jaka powinna zostać wykonana podczas planowanej hospitalizacji.
10.	System umożliwia dodanie na formularzu pola opisowego, z możliwością konfiguracji co najmniej: <ul style="list-style-type: none">- nazwy pola (opisu pola),- długości pola,- wysokości pola,- wyrównania poziomego,- wyrównania pionowego,- oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne,- wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta),- dostępu do wyników pacjenta z możliwością skopiowania wyniku do pola,- dostępu do wprowadzonych wcześniej danych na innych formularzach.
11.	System umożliwia dodanie na formularzu pola opisowego - formatowanego, w którym użytkownik będzie mógł wstępnie sformatować wprowadzony opis (pogrubienie, podkreślenie, kursywa, z możliwością konfiguracji co najmniej: <ul style="list-style-type: none">- nazwy pola (opisu pola),- wyrównania poziomego,- wyrównania pionowego,- oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne,- wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta),- dostępu do wyników pacjenta z możliwością skopiowania wyniku do pola,- dostępu do wprowadzonych wcześniej danych na innych formularzach.
12.	System umożliwia dodanie na formularzu pola liczby całkowitej, z możliwością konfiguracji co najmniej: <ul style="list-style-type: none">- nazwy pola (opisu pola),- długości pola,- wyrównania poziomego,- wyrównania pionowego,

	<ul style="list-style-type: none"> - wartości minimalnej, - wartości maksymalnej, - normy (w przypadku przekroczeniu normy - system w podglądzie wprowadzonych w polu danych oznaczy je odpowiednim kolorem, np. czerwonym w przypadku przekroczenia górnej granicy lub niebieskim w przypadku przekroczenia dolnej granicy), - jednostki miary, - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta).
13.	<p>System umożliwi dodanie na formularzu pola liczby rzeczywistej, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wartości minimalnej, - wartości maksymalnej, - miejsc po przecinku, których wprowadzenie będzie możliwe, - normy (w przypadku przekroczeniu normy - system w podglądzie wprowadzonych w polu danych oznaczy je odpowiednim kolorem, np. czerwonym w przypadku przekroczenia górnej granicy lub niebieskim w przypadku przekroczenia dolnej granicy), - jednostki miary, - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta).

17.	<p>System umożliwi dodanie na formularzu słownika urządzeń, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wskazanie typów urządzeń, których wybór będzie możliwy, - oznaczenie czy na jednym formularzu powinna istnieć możliwość wyboru tej samej pozycji słownikowej więcej niż jeden raz, - oznaczenie czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne.
-----	---

Pod wątpliwość - w świetle przytoczonych powyżej argumentów - podchodzi konieczność zapewnienia przytoczonych powyżej funkcjonalności również w ramach całego przedmiotu zamówienia, który – jak twierdzi zamawiający w pkt. II. Wymagane funkcje systemu:

Wszystkie wymagania zamieszczone poniżej są obligatoryjne. **Nie spełnienie któregokolwiek wymagania, jest jednoznaczne z nie spełnieniem wymagań SIWZ i skutkuje odrzuceniem oferty.** Złożenie oferty oznacza, że funkcjonalność wymagana istnieje i jest zaimplementowana na dzień składania oferty.

W powyżej przytoczonym punkcie dla modułu Planowanie przyjęć Zamawiający ponownie – w ramach wymagań podstawowych – powołuje się na funkcjonalność wcześniej przytoczoną w zakresie próbki dla wymagań opcjonalnych:

2120. Moduł udostępnia funkcję grafików przyjęć, umożliwiającą określenie dziennego limitu ilościowego przyjęć pacjentów do wybranych oddziałów i umożliwia zdefiniowanie usługi głównej jaka powinna zostać wykonana podczas planowanej hospitalizacji.

Ta sama sytuacja dotyczy modułu Generator formularzy, gdzie Zamawiający w kolejnych punktach przytacza elementy które uprzednio uznane zostały jako opcjonalne – co wiąże się z tym, że nie są one wymagane – występują one w treści pkt. 1014-1017 oraz 1026.

1014.	System umożliwia dodanie na formularzu pola opisowego, z możliwością konfiguracji co najmniej: <ul style="list-style-type: none">- nazwy pola (opisu pola),- długości pola,- wysokości pola,- wyrównania poziomego,- wyrównania pionowego,- oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne,- wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta),
1015.	System umożliwia dodanie na formularzu pola opisowego - formatowanego, w którym użytkownik będzie mógł wstępnie sformatować wprowadzony opis (pogrubienie, podkreślenie, kursywa, z możliwością konfiguracji co najmniej: <ul style="list-style-type: none">- nazwy pola (opisu pola),- wyrównania poziomego,- wyrównania pionowego,- oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne,- wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta),
1016.	System umożliwia dodanie na formularzu pola liczby całkowitej, z możliwością konfiguracji co najmniej: <ul style="list-style-type: none">- nazwy pola (opisu pola),- długości pola,

	<ul style="list-style-type: none"> - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wartości minimalnej, - wartości maksymalnej, - jednostki miary, - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta).
1017.	<p>System umożliwia dodanie na formularzu pola liczby rzeczywistej, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wartości minimalnej, - wartości maksymalnej, - miejsc po przecinku, których wprowadzenie będzie możliwe, - jednostki miary, - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta).
1026.	<p>System umożliwia dodanie na formularzu słownika urządzeń, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wskazanie typów urządzeń, których wybór będzie możliwy, - oznaczenie czy na jednym formularzu powinna istnieć możliwość wyboru tej samej pozycji słownikowej więcej niż jeden raz, - oznaczenie czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne.

W związku z powyższym te same wymagania zostały wskazane jako opcjonalne oraz obligatoryjne, zapisy SIWZ są w tym zakresie rozbieżne i wprowadzają wykonawców w błąd.

Jednocześnie Odwołujący podnosi, iż szereg funkcjonalności nie powinno zostać uznanych za obligatoryjne.

Przy tak skonstruowanych zapisach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Wykonawcy nie mają pełnej wiedzy w jaki sposób należy odczytywać zapisy SIWZ – a przytoczyć tutaj należy fakt, że SIWZ powinien być wewnętrznie spójny i powinien zawierać komplet informacji dotyczących poprawnej realizacji zamówienia. Dodatkowo dokumentacja nie powinna pozostawiać wątpliwości Wykonawcom w jaki sposób

powinni skonstruować ofertę oraz o jakie elementy zaopatrzyć próbkę systemu. Dodatkowo Wykonawcy, którzy nie zdecydują się na deklarację wymagań opcjonalnych: 4, 10, 11, 12, 13 oraz 17 mogą zostać odrzuceni z uwagi na brak spełnienia wymagań obligatoryjnych na podstawie zapisów początkowych pkt. II Wymagane funkcje systemu.

Wskutek tak sformułowanych postanowień SIWZ dla wykonawców niezrozumiałe są zasady, jakimi będzie kierował się Zamawiający podczas dokonywania oceny istnienia określonych funkcjonalności w systemie, co w szczególności uniemożliwia Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SIWZ, co również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego, brak wskazania przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, precyzyjny i wewnętrznie spójny wymogów w zakresie funkcjonalności systemu, uniemożliwia wykonawcom właściwe przygotowanie zarówno oferty, jak również próbki systemu, w tym w szczególności wobec prezentowania określonych powyżej funkcjonalności, które potencjalnie mogą podlegać dodatkowej punktacji lub skutkować odrzuceniem oferty, czego wykonawca jednak de facto nie wie.

Odwołujący wskazuje, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone z zachowaniem zasad przejrzystości – wykonawcy powinni mieć pełną możliwość weryfikacji przed złożeniem oferty, czy określone funkcjonalności są obligatoryjne, czy też opcjonalne i dodatkowo punktowane.

W konsekwencji należy uznać, iż brak zamieszczenia w SIWZ precyzyjnych, jednoznacznych informacji w tym zakresie narusza obowiązek opisanie zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

SIWZ powinien zawierać szczegółowe i jednoznaczne informacje, Zamawiający musi w SIWZ określić zasady, na jakich będzie oceniał istnienie funkcjonalności w systemie – w przeciwnym przypadku tylko od woli Zamawiającego na etapie oceny ofert będzie zależało, czy dana funkcjonalność zostanie uznana za obligatoryjną lub opcjonalną, a wykonawcy pozbawieni będą możliwości zweryfikowania i zakwestionowania decyzji Zamawiającego.

Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., KIO 738/14, Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający powinien tak opisać przedmiot zamówienia (w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty), aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaką mogą złożyć ofertę, aby spełniać te wymogi, jaki produkt i o jakich parametrach będzie zgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zmiany SIWZ polegającej na:

1. Wpisaniu i potwierdzeniu w rozdziale II, że zdanie „Zamawiający po złożeniu ofert przez Oferentów zastrzega sobie możliwość weryfikacji spełnienia przez oferowane programy wymogów postawionych w SIWZ a zwłaszcza szczegółowych funkcjonalności poprzez prezentację oprogramowania w siedzibie Zamawiającego” odnosi się wyłącznie do weryfikacji przez Zamawiającego wymagań objętych „Próbką”, tzn. opisanych w Załączniku nr 2 do SIWZ (OPZ) w pkt. „2. Szczegółowe wymagania dotyczące Próbkę oferowanego Systemu” (czyli weryfikacja oferty Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą) oraz pkt. „3. Scenariusz prezentacji próbki”.
2. usunięciu z zakresu wymagań obligatoryjnych tj. treści OPZ w zakresie pkt. II Wymagane funkcje systemu wymagań: 1014, 1015, 1016, 1017, 1026, 2120.

Ad. zarzut nr 7

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, jak również ustalił kryteria oceny ofert poza cenowe w sposób preferujący jednego wykonawcę, a tym samym prowadzący do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym w sposób naruszający art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ustawy PZP.

Poprzez opis przedmiotu zamówienia Zamawiający faworyzuje jednego z potencjalnych wykonawców – zdaniem Odwołującego firmę Compu Group Medical (CGM). Należy zauważyć, że w obecnym postępowaniu Zamawiający specyfikuje w szczególności funkcjonalności w zakresie systemu medycznego charakterystyczne dla postępowań, w których wygrała firma CGM, a których to treści specyfikacji opisu przedmiotu zamówienia są tożsame z przedmiotem zamówienia oferowanym przez CGM oraz uprzednio ogłoszonymi przez inne podmioty lecznicze zamówieniami, np.:

- a) Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Suchowoli

<https://szpitalsuchowola.bip.lubelskie.pl/index.php?id=55&p1=szczegoly&p2=59151>

Na zadanie nr 3 – dostawa i wdrożenie szpitalnego systemu informatycznego złożyła ofertę tylko firma CGM:

ZBIORCZE ZESTAWIENIE OFERT

Informacje Zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 5 pkt. 1-3

Oznaczenie sprawy: WSNPC.I.ZP.08.2018

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn „Informatyzacja oraz wdrożenie e-usług publicznych przez Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Suchowoli”

Szacunkowa wartość zamówienia na całość postępowania: 1 545 322,80 zł (brutto).

Na poszczególne zadania brutto:

- | | |
|--|---------------|
| 1)Zadanie nr 1 – wykonanie instalacji teletechnicznych, wyposażenie i konfiguracja serwerowni: | 371 452,62 zł |
| 2)Zadanie nr 2 – dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem użytkowym: | 186 888,66 zł |
| 3)Zadanie nr 3 – dostawa i wdrożenie szpitalnego systemu informatycznego: | 986 981,52 zł |

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Nr zadania	Cena oferty brutto (zł)	Okres gwarancji	Termin wykonania zamówienia
1	TECHNET Sp. z o.o Żwirki i Wigury 38 /7/8 26-600 Radom	1 i 2	Zad nr 1: 424 350,00 zł Zad nr 2: 178 350,00 zł	60 miesięcy 60 miesięcy / skaner płaski a3 – 24 miesiące	Zad nr 1: 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy Zad nr 2: 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy
2	CompuGroup Medical Po Sp. z o.o. Do Dysa 9 20-149 Lublin	3	985 218,93 zł	60 miesięcy	3 miesiące od dnia zawarcia umowy

25.09.2018r. Sporządził: Jan Trubalski

Dyrektor
Wojewódzkiego Szpitala
dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych
w Suchowoli
mgr Andrzej Olko

(podpis kierownika Zamawiającego)

Suchowola, 01.10.2018r.

Oznaczenie sprawy: WSNPC.I.ZP.08.2018

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn „**Informatyzacja oraz wdrożenie e-usług publicznych przez Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Suchowoli**”

Na podstawie art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2017r., poz. 1579 ze zm.) Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dla poszczególnych zadań wpłynęły oferty:

Zadanie nr 1: TECHNET Sp. z o.o, ul. Żwirki i Wigury 38 /7/8, 26-600 Radom

Zadanie nr 2: TECHNET Sp. z o.o, ul. Żwirki i Wigury 38 /7/8, 26-600 Radom

Zadanie nr 3: CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej:

1. Zadanie nr 1:

Przy wyborze oferty Zamawiający kierował się kryterium:

1. Cena – 60%
2. Gwarancja na roboty budowlane- 40%

Zamawiający wybrał ofertę **TECHNET Sp. z o.o. Żwirki i Wigury 38 / 7/8, 26-600 Radom**,
Uzasadnienie wyboru: Wykonawca uzyskał za kryterium cena 60 pkt, za kryterium gwarancja na roboty budowlane 40 pkt, łącznie 100 pkt.

2. Zadanie nr 2:

Przy wyborze oferty Zamawiający kierował się kryterium:

1. Cena – 60%
2. Długość okresu gwarancji dla drukarek oraz kopiarki A3- 40%

Zamawiający wybrał ofertę **TECHNET Sp. z o.o. Żwirki i Wigury 38 / 7/8, 26-600 Radom**,
Uzasadnienie wyboru: Wykonawca uzyskał za kryterium cena 60 pkt, za kryterium długość okresu gwarancji dla drukarek oraz kopiarki A3 40 pkt, łącznie 100 pkt.

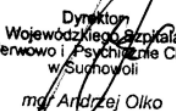
3. Zadanie nr 3:

Przy wyborze oferty Zamawiający kierował się kryterium:

1. Cena – 39%
2. Parametry techniczne – 10%
3. Kryterium funkcjonalności systemu – 51%

Zamawiający wybrał ofertę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Do Dysa 9, 20-149 Lublin**,
Uzasadnienie wyboru: Wykonawca uzyskał za kryterium cena 39 pkt, za kryterium parametry techniczne 10 pkt, za kryterium funkcjonalności systemu – 51 pkt, łącznie 100 pkt.

01.10.2018r. Sporządził: Jan Trubalski



Dyrektor
Wojewódzkiego Szpitala
dla Nerwowo i Psychicznie Chorych
w Suchowoli
mgr Andrzej Olko

.....
(podpis kierownika Zamawiającego)

Odwołujący równocześnie chce poddać pod wątpliwość kryteria oceny ofert, jednocześnie zdając sobie sprawę z faktu, iż jest to kryterium punktowane – ale to to właśnie jest przedmiotem rozważań. Zamawiający w kolejnych punktach SIWZ/OPZ/Formularzu ofertowym, swoimi zapisami nie daje szans na spełnienie funkcjonalności żadnemu innemu oprogramowaniu, innego dostawcy niż CGM. W wymaganiach punktowanych pojawiają się funkcjonalności realizowane w konkretny, opisany przez Zamawiającego sposób. Są to funkcjonalności tożsame z ocenianymi już w innych zamówieniach, a spełnione przez CGM.

Przy czym należy zaznaczyć, że w formularzu ofertowym obecnego postępowania w kryterium ocen: Funkcjonalności jakościowe (parametry techniczne podnoszące jakość oferowanego systemu (J)) pojawiają się funkcjonalności punktowane uprzednio w zamówieniu w Suchowoli:

Przykłady takich funkcjonalności oznaczone są w tabeli poniżej. W obecnym zamówieniu Zamawiający nie zmienił nawet ich treści:

„Wdrożenie EDM i usług z zakresu e-zdrowia oraz telemedycyny w Uniwersyteckim Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej w Gdyni”		Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Suchowoli	
b) funkcjonalności		Wykaz wymaganych i punktowanych funkcjonalności - Załącznik 3c - opis przedmiotu zamówienia	
Lp.	Funkcjonalność	Nr wymagania w Załączniku 3c	Komentarz
1.	Co najmniej w modułach związanych z obsługą pacjenta w ambulatorium i szpitalu (gabinet lekarski, oddział, izba przyjęć) - system posiada funkcję prezentującą zalogowanemu użytkownikowi włączone i wyłączone funkcje i opcje systemowe. Dzięki temu administrator systemu może zweryfikować np. jakie uprawnienia należy dodać lub odebrać użytkownikowi lub jakie opcje konfiguracyjne	nr 22	Funkcjonalność nie była punktowana

	powinny zostać włączone lub wyłączone.		
2.	Podczas dodawania leku do listy leków preferowanych, moduł umożliwia konfigurację domyślnego dawkowania wskazanego leku. Dzięki temu podczas wystawiania kolejnej recepty moduł umożliwia wybór leku preferowanego i ustawienie domyślnego dawkowania.	nr 205	Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt
3.	Podczas dodawania leku do listy leków preferowanych, moduł umożliwia konfigurację domyślnego dawkowania leku dla pacjenta, któremu wystawiana jest recepta. Dzięki temu przy kolejnym wystawianiu recepty dla danego pacjenta moduł umożliwia wybór leku preferowanego i ustawienie domyślnego dawkowania.	nr 206	Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt
4.	System udostępnia funkcję grafików przyjęć, umożliwiającą określenie dziennego limitu ilościowego przyjęć pacjentów do wybranych oddziałów i umożliwia zdefiniowanie usługi głównej jaka powinna zostać wykonana podczas planowanej hospitalizacji.	nr 70	Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt
5.	Zapisanie kolejnego planowanego przyjęcia w terminarzu powoduje wyświetlanie i aktualizację sumarycznej ilości pacjentów z przyjęciem	nr 73	Funkcjonalność nie była punktowana

	zaplanowanym na dany dzień.		
6.	System sygnalizuje gradientem kolorów sytuację, w której ilość pacjentów zaplanowanych do przyjęcia na dany dzień zbliża się lub jest równa limitowi przyjęć na dany dzień.	nr 74	Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt
7.	Dla systemu informowania użytkownika o wynikach badań. Użytkownik zlecający badanie może wskazać, o których wynikach badań chce zostać poinformowany poprzez powiadomienie systemowe lub e-mail. Użytkownik może wskazać innych użytkowników, którzy powinni zostać poinformowani o wynikach badań.	brak w opz	brak w opz
8.	Prezentacja obrazów referencyjnych na ekranie wprowadzenia wyniku w postaci miniaturki.	brak w opz	brak w opz
9.	System umożliwia połączenie typu usługi z domyślnymi formularzami zlecenia, wyniku, opisu usługi - w taki sposób, że wszystkie usługi połączone z danym typem domyślnie będą połączone z danymi formularzami. Dzięki temu nie będzie konieczności łączenia pojedynczo poszczególnych usług z formularzami. System umożliwia zmianę domyślnych formularzy	nr 66	Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt

	usługi bezpośrednio dla konkretnej usługi (formularze zdefiniowane bezpośrednio dla usługi mają pierwszeństwo przed formularzami, które usługa otrzymuje z poziomu typu usługi).		
10.	<p>System umożliwia dodanie na formularzu pola opisowego, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wysokości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obowiązkowe, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta), - dostępu do wyników pacjenta z możliwości skopiowania wyniku do pola, - dostępu do wprowadzonych wcześniej danych na innych formularzach. 	nr 87	Funkcjonalność nie była punktowana
11.	<p>System umożliwia dodanie na formularzu pola opisowego - formatowanego, w którym użytkownik będzie mógł wstępnie sformatować wprowadzony opis (pogrubienie, podkreślenie, kursywa, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p>		<p>Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta), - dostępu do wyników pacjenta z możliwością skopiowania wyniku do pola, - dostępu do wprowadzonych wcześniej danych na innych formularzach. 	nr 88	
12.	<p>System umożliwia dodanie na formularzu pola liczby całkowitej, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wartości minimalnej, - wartości maksymalnej, - normy (w przypadku przekroczeniu normy - system w podglądzie wprowadzonych w polu danych oznaczy je odpowiednim kolorem, np. czerwonym w przypadku przekroczenia górnej granicy lub niebieskim w przypadku przekroczenia dolnej granicy), - jednostki miary, 	nr 89	<p>Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta). 		
13.	<p>System umożliwia dodanie na formularzu pola liczby rzeczywistej, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wartości minimalnej, - wartości maksymalnej, - miejsc po przecinku, których wprowadzenie będzie możliwe, - normy (w przypadku przekroczeniu normy - system w podglądzie wprowadzonych w polu danych oznaczy je odpowiednim kolorem, np. czerwonym w przypadku przekroczenia górnej granicy lub niebieskim w przypadku przekroczenia dolnej granicy), - jednostki miary, - oznaczenia czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne, - wskazania źródła wartości domyślnej (np. wzrostu lub wagi pacjenta). 	nr 90	<p>Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt</p>
14.	<p>System umożliwia dodanie na formularzu panelu załączania plików.</p>	nr 95	<p>Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt</p>

15.	System umożliwia dodanie na formularzu schematu graficznego	nr 96	Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt
16.	System umożliwia dodanie na formularzu słownika pracowników, z możliwością konfiguracji co najmniej: - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wskazanie funkcji pracownika, - wskazanie typów pracowników - dla zawężenia dostępnej w polu listy pracowników, - oznaczenia czy na jednym formularzu powinna być możliwość wybrania tego samego pracownika więcej niż jeden raz, - oznaczenie pracownicy jakich jednostek organizacyjnych powinni być dostępni w polu listy pracowników, - oznaczenie czy po wyborze pracownika z listy - na podglądzie formularza poza imieniem i nazwiskiem powinny być widoczne również tytuł naukowy, specjalizacje i numer Prawa Wykonywania Zawodu, - oznaczenie czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne.	nr 97	Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt
17.	System umożliwia dodanie na formularzu		Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności

	<p>słownika urządzeń, z możliwością konfiguracji co najmniej:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nazwy pola (opisu pola), - długości pola, - wyrównania poziomego, - wyrównania pionowego, - wskazanie typów urządzeń, których wybór będzie możliwy, - oznaczenie czy na jednym formularzu powinna istnieć możliwość wyboru tej samej pozycji słownikowej więcej niż jeden raz, - oznaczenie czy uzupełnienie pola jest obligatoryjne. 	nr 102	<p>systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt</p>
18.	<p>System umożliwia kopiowania samych atrybutów formularza w celu wykorzystania ich do stworzenia nowego formularza.</p>	nr 108	<p>Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt</p>
19.	<p>System umożliwia konfigurację każdego z elementów dokumentacji formularzowej co najmniej poprzez:</p> <ul style="list-style-type: none"> - możliwość konfiguracji czy zapis danego elementu będzie możliwy tylko raz podczas pobytu / wizyty czy wiele razy podczas pobytu / wizyty; - możliwość konfiguracji zakresu widoczności do edycji i odczytu dla hospitalizacji / pobytu na oddziale / wizyty lub zawsze dla danego pacjenta; 	nr 114	<p>Parametr punktowany w kryterium funkcjonalności systemu: Nie: 0 pkt Tak: 1 pkt</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - możliwość konfiguracji jakie tryby dokumentacji formularzowej powinny być dostępne: dokument kompletny / dokument w formie szkicu, - możliwość konfiguracji czy w danym dokumencie możliwe będzie wprowadzenie daty obowiązywania / okresu obowiązywania, - możliwość konfiguracji czy edycja danego dokumentu powinna być możliwa w zamkniętych pobytach, - możliwość konfiguracji czy po zapisie dokumentu - na podglądzie powinny być ukrywane nieuzupełnione pola. 		
20.	System umożliwia zarządzanie dokumentacją formularzową w zakresie widoczności poszczególnych elementów w jednostkach struktury organizacyjnej.	nr 115	nie jest punktowane

Tożsame wymagania z treścią OPZ w UCMMiT zapisy siwz można znaleźć między innymi w zamówieniach:

- b) Ogłoszenie nr 585030-N-2019 z dnia 2019-08-09 r. Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Długoterminowej: Dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego szpitala w ramach projektu pn. Wdrożenie e-usług w Samodzielnym Publicznym Zespole Zakładów Opieki Długoterminowej w Olecku Kolonia

<https://www.spolecko.bip.doc.pl/index.php?wiad=127961&rejestr=1>

SIWZ oraz Załącznik nr 9 – Opis przedmiot zamówienia

- c) SP ZOZ w Dobrym Mieście: Zakup, dostawa i wdrożenie sprzętu IT, dostawa i wdrożenie oprogramowania oraz wykonanie sieci LAN i dostosowanie pomieszczeń serwerowni
Numer referencyjny: 1/RPO/2018

d) Instytut Matki i Dziecka w Warszawie: <https://imid.med.pl/pl/top-menu/zamowienia-publiczne/postepowania-o-zamowienia-publiczne/ogloszenia-biezace/a-zp-szp-251-37-16-dostawa-wraz-z-wdrozeniem-zintegrowanego-elektronicznego-systemu-zarzadzania-dokumentacja-medyczna>

Tożsamy wzór formularza ofertowego oraz treści wymagań w specyfikacji.

Dodatkowo w formularzu ofertowym dla obecnego postępowania znajdują się również punktowane w innych postępowaniach (również wymienionych w niniejszym odwołaniu) i charakterystyczne cechy jakościowe dla firmy CGM:

Lp.	Cechy oprogramowania zaoferowanego przez Wykonawcę	Tak /Nie
1	System PACS posiada certyfikat w klasie IIb lub jest zarejestrowany jako wyrób medyczny w klasie IIb (ocena na podstawie dokumentu załączonego do oferty - certyfikat)	
2	Niezależność systemu HIS od motoru bazy danych - obsługa minimum dwóch komercyjnych, relacyjnych motorów baz danych głównych dostawców na rynku (należy wybrać z następujących: Oracle, Sybase, Microsoft, IBM) (ocena na podstawie próbki)	
3	Moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system PACS działają na jednej bazie danych i pochodzą od jednego producenta (ocena na podstawie dokumentu załączonego do oferty – deklaracja z podaniem nazwy producenta)	

W szczególności są to:

- *Niezależność systemu HIS od motoru bazy danych - obsługa minimum dwóch komercyjnych, relacyjnych motorów baz danych głównych dostawców na rynku (należy wybrać z następujących: Oracle, Sybase, Microsoft, IBM) (ocena na podstawie próbki)*
- *Moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system PACS działają na jednej bazie danych i pochodzą od jednego producenta (ocena na podstawie dokumentu załączonego do oferty – deklaracja z podaniem nazwy producenta)*

Odwołujący pragnie zaznaczyć, że nie wszystkie firmy przystępujące do zamówień publicznych w zakresie wdrażania systemów medycznych posiadają w swej ofercie system PACS (np. Asseco) i odwrotnie – nie wszyscy producenci systemów PACS (np. PIXEL, Synektik, Resqumed) posiadają w swej ofercie systemy HIS, do których należą moduły *Moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka*. W związku z tym

Zamawiający ogłosił postępowanie forujące konkretnego dostawcę rozwiązania poprzez wymóg aby Moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system PACS pochodziły od jednego producenta. Jeszcze raz podkreślamy, że zdajemy sobie sprawę, iż jest to parametr punktowany- natomiast jednocześnie dający możliwość zdobycia punktów i zwiększenia szansy zdobycia zamówienia w szczególności firmie CGM (tak jak to było w przykładowych zamówieniach).

Dodatkowo warto podkreślić fakt, iż w zamówieniu:

ZP/11/HIS+ERP/2020/UE Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego e-Uслуги wraz z modernizacją lub wymianą zintegrowanego systemu zarządzania (HIS + ERP), systemów powiązanych i sprzętu w ramach projektu współfinansowanego z funduszy europejskich w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020 (RPO WM 2014-2020) „Rozwój e-usług poprzez rozbudowę systemu informatycznego w Szpitalu Praskim p.w. Przemienienia Pańskiego Sp. z o.o. w Warszawie”

Firma CGM złożyła odwołanie na opis przedmiotu zamówienia:
<http://ipzp.pl/display/index.php?id=28458397064D9B6>

nakazując, aby Zamawiający wprowadził zmiany do SIWZ polegające na dopuszczeniu zaoferowania obok systemu opisanego w SIWZ, systemu równoważnego, spełniającego następujące wymagania (...) – które to – porównując specyfikację i wykaz funkcjonalny w odwołaniu CGM – są tożsame z przedmiotem zamówienia w UCMMiT.

Są to również tożsame treści w zakresie wymagań funkcjonalnych i spotykane w zamówieniach pozyskanych przez CGM.

Dowód: treść odwołania CGM.

Kryterium – Cechy oprogramowania oraz funkcjonalności (parametry techniczne podnoszące jakość oferowanego systemu) ma wagę 40 %.

Odwołujący podnosi, iż wszystkie czynności Zamawiającego dokonywane w postępowaniu o zamówienie publiczne – w tym również te dotyczące kryteriów oceny ofert winny być dokonywane z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Oczywistym jest jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, iż „*Do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść również w sposób pośredni, tj. w taki sposób, że niektórzy wykonawcy będą mogli złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferty oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.*

Przyporządkowanie 40% wagi do kryterium, które de facto może spełnić jeden wykonawca stanowi o pozornej możliwości konkurowania wykonawców w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy nie spełniający kryterium punkowanego w zakresie dodatkowych funkcjonalności są faktycznie pozbawieni możliwości złożenia konkurencyjnej oferty i pozyskania zamówienia (aby móc konkurować z wykonawcą

który otrzyma maksymalną ilość punktów w przedmiotowym kryterium inni wykonawcy musieliby złożyć oferty z ceną zdecydowanie niższą niż cena oferty wykonawcy spełniającego wymagania Zamawiającego w zakresie punktowanych funkcjonalności).

Tym samym należy uznać, że tak ukształtowane zapisy SIWZ mają ograniczać wybór ofert do wyboru oferty danego wykonawcy, a tym samym stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, w szczególności poprzez pośrednie ograniczenie dostępu do zamówienia.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez:

- 1) W punkcie 3 – zmianę zapisu na:

Moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system PACS działają na jednej bazie danych.

(ocena na podstawie dokumentu załączonego do oferty)

- 2) usunięcie zapisów niekonkurencyjnych, forujących jednego wykonawcę.

Ad. zarzut nr 8

We wzorze umowy Zamawiający uregulowała kary umowne w następujący sposób:

§ 14 ust. 2 lit a, b, c i d wzoru umowy:

Kary umowne naliczane będą:

- a) *za opóźnienie w realizacji PU w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. **Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.**, jak również w stosunku do terminów zakończenia Etapów wskazanych w harmonogramie w wysokości 0,05% za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,*
- b) *za opóźnienie w Czasie Reakcji Wykonawcy na Zgłoszenie Wady:*
 - i) *Awarii Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,008% (nie mniej niż 200 zł brutto), za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, liczoną od upływu terminu określonego w godzinach wyznaczonego jako Czas Reakcji,*
 - ii) *Błędu Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,1% (nie mniej niż 100 zł brutto), za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od upływu terminu wyznaczonego jako Czas Reakcji,*
 - iii) *Usterki Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,1% (nie mniej niż 100 zł brutto), za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od upływu terminu wyznaczonego jako Czas Reakcji,*
- c) *za opóźnienie w stosunku do terminu Usunięcia Wady:*
 - i) *Awarii Oprogramowania (część biała) w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,015% (nie mniej niż 300 zł brutto) za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, , a w przypadku Awarii Oprogramowania (część szara) w*

- okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,125% (nie mniej niż 150 zł brutto) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,*
- ii) Błędu Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,125% (nie mniej niż 150 zł brutto) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,*
 - iii) Usterki Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,125% (nie mniej niż 150 zł brutto) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,*
 - d) za odstąpienie od Umowy przez stronę umowy lub rozwiązania Umowy przez stronę umowy z powodu okoliczności leżących po stronie w wysokości 20%,*
- a) zarzut skonstruowania utrudniającego uczciwą konkurencję opisu przedmiotu zamówienia przez nałożenie w SIWZ, na wykonawcę kar umownych, przy równoczesnym braku określenia górnego limitu kar umownych, tj. nie wprowadzenie w § 14 wzoru umowy górnego limitu kar umownych z tytułu opóźnienia Wykonawcy w dotrzymaniu wskazanych terminów, w wysokości nie przekraczającej kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (nie wprowadzenie górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia (w postaci nieterminowej realizacji) w wysokości odpowiadającej, co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 14 ust. 2 lit. d wzoru umowy na okoliczność odstąpienia od umowy),

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający szczegółowo i szeroko uregulował katalog kar umownych w § 14 wzoru umowy, jednak nie wprowadził przy tym górnego limitu naliczania kar umownych w wysokości adekwatnej do kary umownej w przypadku odstąpienia. Taka sytuacja może doprowadzić z jednej strony do naliczenia kar umownych przy wykonaniu przedmiotu umowy z uchybieniami w wysokości większej niż naliczenie kary umownej przy nie wykonaniu umowy i odstąpieniu od niej.

Nakładanie kar umownych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminów zakończenia Etapów wskazanych w harmonogramie oraz za opóźnienie w realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 umowy, jak również w stosunku do terminów czasu reakcji wykonawcy na zgłoszenie wady i usunięcie wady może prowadzić do podwójnego karania z tytułu tej samej okoliczności i doprowadzić do sytuacji gdy wykonując przedmiot umowy z opóźnieniem dojdzie do ukarania wykonawcy karą taką samą lub większą jak kara przewidziana za odstąpienie od umowy, gdy może w ogóle nie dojść do jej wykonania (w wysokości 20% wynagrodzenia).

Biorąc pod uwagę wyłącznie same kary za opóźnienia w stosunku do czasów reakcji i czasów usunięcia wady:

przy wystąpieniu jednej awarii oprogramowania, jednego błędu, jednej usterki (w okresie gwarancyjnym trwającym minimum 36 miesięcy) – przy braku terminowej reakcji (niezależnie od przyczyn jej wystąpienia) może dojść do następującej sytuacji:

- Przyjmując hipotetycznie, że wynagrodzenie wynosi 2 000 000 zł brutto (wartość przyjęta w oparciu o wartość usług koniecznych celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia) kara z tytułu odstąpienia (przy np. równoczesnym braku wykonania przedmiotu umowy wynosić może 20% tj. 400 000 zł maksymalnie.
- przy opóźnieniu w reakcji na awarię oprogramowania (co stanowić może również przyczynę opóźnienia w naprawie awarii i prowadzić do podwójnego ukarania za tą sama okoliczność - może dojść do ukarania karą w wysokości: $0,008\%$ wynagrodzenia za każda godzinę $\times 24$ godziny = $0,192\%$ za każda dobę opóźnienia tj. ok 4 000 zł oraz $0,015\%$ (część biała) wynagrodzenia za każda godzinę $\times 24$ godziny = $0,36\%$ za każda dobę opóźnienia tj. 7 200 zł
Łącznie z tytułu opóźnienia w naprawie awarii oprogramowania może dojść do naliczenia kary umownej w wysokości ponad 10 000 zł za dobę – co po 40 dniach spowoduje zrównanie tej kary z karą w przypadku odstąpienia.
- przy opóźnieniu w reakcji na błąd oprogramowania (co stanowić może również przyczynę opóźnienia w naprawie błędu i prowadzić do podwójnego ukarania za tą sama okoliczność - może dojść do ukarania karą w wysokości: $0,1\%$ wynagrodzenia za każdy dzień tj. 2 000 zł oraz $0,125\%$ wynagrodzenia za każdy dzień tj. 2 500 zł
Łącznie z tytułu opóźnienia w naprawie błędu oprogramowania może dojść do naliczenia kary umownej w wysokości 4 500 zł za każdy dzień – co po ok. 88 dniach spowoduje zrównanie tej kary z karą w przypadku odstąpienia.
- przy opóźnieniu w reakcji na usterkę oprogramowania (co stanowić może również przyczynę opóźnienia w naprawie usterki i prowadzić do podwójnego ukarania za tą sama okoliczność - może dojść do ukarania karą w wysokości: $0,1\%$ wynagrodzenia za każdy dzień tj. 2 000 zł oraz $0,125\%$ wynagrodzenia za każdy dzień tj. 2 500 zł
Łącznie z tytułu opóźnienia w naprawie usterki oprogramowania może dojść do naliczenia kary umownej w wysokości 4 500 zł za każdy dzień – co po ok. 88 dniach spowoduje zrównanie tej kary z karą w przypadku odstąpienia.

Mając na uwadze powyższe, gdyby w jednym miesiącu doszło do sytuacji wystąpienia awarii, błędu i usterki oprogramowania, a wykonawca nawet z przyczyn od niego niezależnych nie wykonał prac w terminie nie dochował terminu czasu reakcji co równocześnie przełożyło się na niedochowanie czasu naprawy to po 20 dniach opóźnienia w reakcji na równocześnie awarie, błąd i usterkę, co równocześnie stanowiło opóźnienie w naprawie awarii, błędu, usterki obciążony zostanie karą umowną w wysokości adekwatnej do tej gdyby nie wykonał w ogóle zamówienia, a od umowy odstąpiono. A w przypadku wystąpienia dwukrotnie takiej sytuacji kara umowna przekroczy dwukrotnie wysokość kary w przypadku odstąpienia, co jednoznacznie przesądza o konieczności wprowadzenia limitacji kar umownych na poziomie kary umownej przewidzianej w przypadku odstąpienia.

Równocześnie odwołujący wskazuje na możliwe dodatkowe ewentualne kary z tytułu *opóźnienie w realizacji PU w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.*, jak również w stosunku do terminów zakończenia Etapów wskazanych w harmonogramie.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że bezpodstawną jest taka regulacja która mówi, iż kara jest:

w wysokości 0,008% (nie mniej niż 200 zł brutto),

w wysokości 0,1% (nie mniej niż 100 zł brutto),

0,008% z wynagrodzenia jest wartością mniejszą od 0,1% wynagrodzenia, tym samym wskazanie wyższej kwotowej granicy przy wartości procentowej w ocenie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia.

Zdaniem Odwołującego bezzasadne jest takie ukształtowanie zapisów wzoru umowy, które pozwalają Zamawiającemu na żądanie zapłaty kar za naruszenia terminów częściowych w wysokości większej niż kara za odstąpienie od umowy, które może być związane z brakiem realizacji zamówienia. Należy uznać to za naruszenie zasady proporcjonalności poprzez działanie niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy PZP. W sytuacji przewidzenia już w SIWZ licznych kar umownych za naruszenie terminu wykonania umowy, terminów wykonania etapów realizacji wskazanych w harmonogramie, terminów reakcji i naprawy awarii, błędu, usterki, a także wobec możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych (§ 14 ust. 4: *Zamawiający zastrzega możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym*), nie można uznać, aby interes Zamawiającego w tym zakresie nie był już należycie zabezpieczony. Należy uznać, że celem zachowania elementarnej równości stron stosunku zobowiązaniowego, co jest fundamentalną wartością przy kształtowaniu postanowień umowy wzajemnej, jaką jest umowa o zamówienie publiczne, Zamawiający powinien kształtować zapisy wzoru umowy w sposób proporcjonalny tj. stosując środki adekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu, niewykraczające ponad to co konieczne, w tym również środki, które nie naruszają zasady ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej.

Nie ustalony przez Zamawiającego górny limit kar umownych we wzorze umowy z tytułu opóźnienia w terminach reakcji i naprawy awarii, błędu, usterki, jak również kar z tytułu *opóźnienie w realizacji PU w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.*, jak również w stosunku do terminów zakończenia Etapów wskazanych w harmonogramie, powoduje, że Wykonawca wykonując zobowiązanie z naruszeniem terminów umownych, może być obciążony karami umownymi przekraczającymi wartość kar umownych, jakie Zamawiający ustanowił z tytułu np. niewykonania zamówienia, przy odstąpieniu od umowy. Powoduje to rażącą dysproporcję między odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązania, a sytuacją w której zobowiązanie zostałoby wykonane, ale ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego pewnych zapisów umowy. W ocenie

Odwołującego łączny poziom kar umownych naliczanych ewentualnie Wykonawcy z tytułu różnych przypadków nienależytego wykonania umowy (w tym nieterminowego wykonania) nie powinien być wyższy od kary zastrzeżonej w przypadku odstąpienia od umowy, co może się wiązać z niewykonaniem zamówienia.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2020 r., KIO 1270/20: *Art. 29 ust. 1 p.z.p. stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Określenie katalogu kar umownych i okoliczności w jakich mogą one zostać nałożone na wykonawcę stanowi szeroko rozumiany element opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego jest zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 p.z.p. opisanie go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Brak ustanowienia limitu kar jakie mogą być nałożone na wykonawcę w jednostce czasu może powodować niepewność wykonawców co do warunków i sposobu realizacji tego zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 p.z.p. określenie wysokości tego limitu leży w gestii i kompetencjach Zamawiającego. I dalej w uzasadnieniu: Brak takiego limitu utrudni bądź uniemożliwi wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu prawidłową kalkulację ryzyk wynikających z możliwości naliczenia przez Zamawiającego kar umownych. W tym zakresie Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

- b) zarzut wprowadzenia zapisów regulujących rażąco wygórowane stawki kar umownych w § 14 ust. 2 lit. a, b, c, które również mogą ponadto prowadzić do podwójnego ukarania z tytułu tej samej okoliczności, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy PZP

Jak wynika z wzoru umowy kary mogą być sumowane. Tak ukształtowane zapisy mogą doprowadzić do jednoczesnego naliczania kar umownych z kilku tytułów, przykładowo z tytułu opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy jako całość, z tytułu opóźnienia w realizacji etapu przedmiotu umowy i dodatkowo z tytułu niedotrzymania terminów reakcji i naprawy awarii, błędu usterki. Prowadzi to do nieuzasadnionej kumulacji kar umownych oraz może prowadzić do skutku w postaci naliczenia kary umownej równej wysokości wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP jest uprawniony do kształtowania istotnych postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne. W tym zakresie Zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień umowy, ale jednocześnie musi postępować w tym zakresie w granicach wyznaczonych przepisami prawa cywilnego. Swoboda umów, określona w art. 353¹ k.c. znajduje zastosowanie w zamówieniach publicznych na zasadzie odesłań określonych w art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy PZP. Jak wskazuje się w orzecznictwie swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, nie stanowi dowolności kształtowania postanowień umowy. Zamawiający jest przede wszystkim zobowiązany do zachowania wynikającej z art. 353¹ k.c. reguły, aby treść lub cel umowy nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Równocześnie należy wskazać, że uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków umowy doznaje ograniczenia wynikającego z ustalonego w art. 5 k.c. zakazu nadużywania prawa podmiotowego. Zasady w tym zakresie wynikają ponadto z przepisów prawa zamówień publicznych tj. art. 7 ust. 1 ustawy PZP, w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności. Zgodnie z wskazanymi zasadami Zamawiający zobligowany jest do stosowania w postępowaniu takich środków, które są adekwatne do realizacji danego celu i proporcjonalne do jego istoty, co powinno przekładać się na jak najmniej dotkliwe dla wykonawcy postanowienia. Z uwagi na to wprowadzane do SIWZ (wzoru umowy) postanowienia o karach umownych nie powinny zaprzeczać charakterowi prawnemu instytucji kary umownej, którego celem jest przede wszystkim zapewnienie naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę. Kary umowne nie powinny stanowić sankcji oderwanej od wagi danego naruszenia obowiązków, ani też prowadzić do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 31 lipca 2015 roku (KIO 1519/15): *Zdaniem Izby rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia. Na sposób dokonywania oceny wysokości ustalonych kar zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14, gdzie stwierdził, że ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.* Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 r. Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał iż *"kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez*

wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela" oraz stanowisko wskazane w wyroku KIO z dnia z dnia 4 grudnia 2015 roku (KIO 2546/15).

Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 września 2018 roku (KIO 1601/18): *Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być "rażąco wygórowana" już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).*

Powołując się na powyższe wyliczenia zgodnie z którymi, gdyby w jednym miesiącu doszło do sytuacji wystąpienia awarii, błędu i usterki oprogramowania, a wykonawca nawet z przyczyn od niego niezależnych nie wykonał prac w terminie nie dochował terminu czasu reakcji co równocześnie przełożyło się na niedochowanie czasu naprawy to po 20 dniach opóźnienia w reakcji na równocześnie awarie, błąd i usterkę, co równocześnie stanowiło opóźnienie w naprawie awarii, błędu, usterki obciążony zostanie karą umowną w wysokości ok 20% wynagrodzenia, to już przy wystąpieniu 5 krotnie takiej okoliczności wykonawca zostanie de facto pozbawiony wynagrodzenia.

Kary umowne są również ukształtowane w zupełnym oderwaniu od oceny istotności ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie. Naruszenie częściowych obowiązków umownych może powodować obowiązek zapłaty kar na poziomie większym, niż zastrzeżona kara umowna na wypadek odstąpienia od umowy przy braku wykonania zamówienia, podczas gdy dolegliwość jednej i drugiej sytuacji dla Zamawiającego jest zupełnie nieporównywalna. Prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że fakt, iż w razie rażącego wygórowania kar umownych Wykonawca może odwołać się do ochrony sądowej i żądać miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), nie oznacza, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania od początku kar umownych rażąco wygórowanych, w wysokości zaburzającej równowagę stron i ekwiwalentność świadczeń. Takie działanie

należy traktować jako naruszenie natury stosunku prawnego i nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego do ustalenia w SIWZ istotnych postanowień umowy. Nie jest zasadne, aby chcąc uzyskać adekwatne wynagrodzenie Wykonawca zmuszony byłby dochodzić jego zapłaty przed sądem, zmuszony zdać się na uznanie sądu w zastosowaniu art. 484 § 2 k.c., co mogłoby prowadzić również do odłożenia uzyskania zapłaty o wiele lat od realizacji zamówienia. Czynności Zamawiającego prowadzące do takich sytuacji nie mogą być uznane za wykonywanie prawa z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP.

Zaznaczyć należy, że również ustawodawca zwraca uwagę na wskazane powyżej kwestie, w uzasadnieniu do nowej ustawy prawo zamówień publicznych wskazano: *Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przrzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.*

- c) zarzut wprowadzenia w § 14 ust. 2 lit a, b i c kar umownych, które obejmują odpowiedzialność za opóźnienie względem terminów oznaczonych w § 3 ust. 1 Umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w 12 ust. 8, a nie za zwłokę, co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego,

Odwołujący wskazuje, że przyjmuje się co prawda, że zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi (np. za opóźnienie, a nie zwłokę w wykonaniu zobowiązania). Orzecznictwo stoi jednak na stanowisku, że z uwagi na ograniczenie swobody umów w tym zakresie z uwagi na art. 56 k.c., zgodnie z którym czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, jak również z uwagi na art. 353¹ k.c., zgodnie z którym swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego: „*strony nie mogą przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania*

jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika" (wyrok SN z dnia 27 września 2013 r. I CSK 748/12).

Takie ukształtowanie zapisów wzoru umowy stanowi bezzasadne naruszenie zasady obowiązującej w oparciu o przepisy prawa cywilnego tj. art. 471 i nast. k.c., zgodnie z którą dłużnik odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że są one następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności.

Ponadto w wyroku SN z dnia 6 maja 1970 r., I CR 145/70 wskazano: *Granice dopuszczalności umownego rozszerzenia odpowiedzialności wyznaczają ogólne granice swobody umów (art. 353¹ k.c.) w postaci natury (właściwości) zobowiązania, przepisów ustawy oraz zasad współżycia społecznego – por. W. Popiołek (w:) Kodeks..., s. 51; T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 524; A. Rembéliński (w:) Kodeks..., s. 463; K. Zagrobelny (w:) Kodeks..., s. 850. Dlatego w judykaturze przyjmuje się, że przepis art. 473 § 1 k.c. zezwalający na umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika na takie oznaczone okoliczności, za które na mocy ustawy nie ponosi on odpowiedzialności, nie może być rozumiany w ten sposób, aby dopuszczalne było przerzucenie w całości na dłużnika odpowiedzialności za kary umowne, do których powstania przyczyniła się strona przeciwna. Umowa taka jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego byłaby nieważna (art. 58 § 2 k.c.).* Również w orzecznictwie KIO wyrażone zostały podobne stanowiska. W wyroku KIO z dnia z dnia 18 maja 2015 roku (KIO 897/15), gdzie wskazano, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie zamawiającego jest działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Na powyższe regulacje i ich znaczenie uwagę zwróciła KIO, która w wyroku z 30.10.2017 r., KIO 2163/17, stwierdziła, że: *„W związku z podniesionym zarzutem przeciw ustanowionym [...] karom umownym za opóźnienie nie spełniła się przesłanka z art. 473 § 1 k.c. to jest o przyjęciu przez dłużnika rozszerzonej odpowiedzialności. Wręcz przeciwnie ustalona we wzorze umowy rozszerzona odpowiedzialność została objęta zarzutem i żądaniem odwołania powyżej zacytowanym. Izba rozpoznając ten zarzut wzięła pod uwagę prawo wykonawcy do równego traktowania z zamawiającym jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania w tym należytego wykonania*

umowy (art. 7 ust. 1 pzp). Okoliczność, że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający – wykonawca). W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c. [...] Izba na rozprawie w związku z odstępstwem od tej zasady w § 9 wzoru umowy i wywiedzeniem na tej podstawie zarzutu odwołania oraz żądaniem ustalenia kar umownych na zasadzie zwłoki a nie opóźnienia, skierowała pytanie do zamawiającego [...]. Według oświadczeń zamawiającego nie znajduje on podstaw aby po jego stronie leżał ciężar obowiązku wykazania wykonawcy braku należytej staranności, skoro może rozszerzyć odpowiedzialność wykonawcy na sytuacje, za które nie ponosi zwyczajnie wykonawca odpowiedzialności a obowiązek dyscypliny finansowej wręcz narzuca takie rozwiązania. Izba odmiennie od zamawiającego ocenia zaistniały w sprawie stan rzeczy uznając, że interes publiczny nie nakazuje rozszerzenia odpowiedzialności do okoliczności niezależnych, od wykonawcy czyli poza wymóg należytej staranności wykonawcy. Bowiem wymóg odpowiedzialności za skutki zdarzeń na które wykonawca nie ma wpływu powoduje po jego stronie konieczność poniesienia dodatkowych kosztów np. ubezpieczenia ryzyk co podnosi koszty zamówienia albo ryzyko likwidacji czy wręcz upadłości [...]. W ocenie Izby odwołujący zasadnie podniósł argumentację co do naruszenia postanowieniami § 9 wzoru umowy w zakresie kar umownych na zasadzie opóźnienia a nie zwłoki postanowienia art. 353¹ kodeksu cywilnego. [...] obciążanie wykonawcy na zasadzie opóźnienia obarcza z jednej strony jego działalność nadmiernym ryzykiem a z drugiej strony zamawiającego naraża na dodatkowe koszty wynikające z potrzeby ubezpieczenia tych ryzyk przez wykonawcę [...]. W przedmiotowej sprawie okoliczność, że to zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Zamawiający przerzucając rozszerzoną odpowiedzialność na wykonawcę zwalnia się z obowiązku udowodnienia braku należytej staranności, nie wykazując podstawy do jej rozszerzenia np. ze szczególnych okoliczności świadczenia umownego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów a wręcz ją narusza ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła zarzut i żądanie odwołującego co do postanowień dotyczących kar umownych nakazując zmianę z opóźnienia na zwłokę zgodnie z sentencją wyroku”.

W wyroku z dnia 17 lipca 2017 r. (KIO 1339/17) Izba uwzględniła zarzut naruszenia - art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353.1 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 w zw. z art. 476 k.c. poprzez ustalenie kary umownej za każdą godzinę opóźnienia w wykonaniu zlecenia, wskazując, że: określenie w postępowaniu ww. kary umownej jest rażąco wygórowane i nieproporcjonalne oraz co więcej, zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie, obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem i sprzecznym z art. 473 k.c., gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za

zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę, jak też poprzez odmienną interpretację przez Zamawiającego pojęcia "opóźnienie" niż ta przyjęta powszechnie, co wprowadza w błąd wykonawców; W ocenie Izby zarzut jest uprawniony. Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia SIWZ wynikające z uwzględnienia zarzutu w tym uwzględniając podniesione żądania, jak też odpowiednią modyfikację ogłoszenia uwzględniającą żądania odwołania, zgodnie z sentencją Wyroku.

Należy podkreślić, że niedozwolona klauzula określona w art. 433 pkt 1 ustawy p.z.p. z dnia 11 września 2019 roku konstytuuje zasadę w postaci zakazu uzależniania odpowiedzialności wykonawcy od zaistnienia opóźnienia, chyba że zamawiający będzie w stanie wykazać, że wprowadzenie takiej klauzuli będzie uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Z uwagi na powyższe odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w § 14 stanowi przekroczenie granic swobody umów, w tym sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego (rzetelność i uczciwość w stosunkach handlowych), pozwalając obciążać Wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, które nie są od niego zależne. Nawet za takie, które zależne są wyłącznie od Zamawiającego. W konsekwencji przedmiotowe zapisy naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obciążając Wykonawcę koniecznością kalkulowania ryzyk, które nie są zależne od Wykonawcy, co może prowadzić do ustalenia warunków złożenia oferty obciążonych ryzykiem uniemożliwiającym kalkulację, a tym samym powodować, że składane oferty będą ofertami nieporównywalnymi.

Ukształtowanie zapisów wzoru umowy w taki sposób w zasadzie uniemożliwia wykonawcy obronę swoich interesów w postępowaniu sądowym. W przypadku kar umownych za zwłokę, a nie opóźnienie wykonawca miałby prawo do wzruszenia domniemania zwłoki poprzez udowodnienie okoliczności egzoneracyjnych, w szczególności udowodnienie braku zawinienia Wykonawcy w powstaniu opóźnienia. Obecne postanowienia wzoru umowy narażają tym samym Wykonawcę na poniesienie odpowiedzialności nawet w przypadku naliczenia kar umownych za opóźnienie zawinione przez samego Zamawiającego.

Ponadto należy wskazać, że wystarczającą ochroną dla Zamawiającego w tym zakresie jest wskazana zasada domniemania zawinienia, która powoduje, że aby uniknąć naliczenia kar umownych dłużnik (tu Wykonawca) musi udowodnić, że nie ponosi winy za naruszenie umowy, w tym przypadku za opóźnienie w wykonaniu zamówienia.

Zaznaczyć należy, że również ustawodawca zwraca uwagę na wskazane powyżej kwestie, w uzasadnieniu do nowej ustawy prawo zamówień publicznych wskazano: *Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeżonych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na*

wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący zwraca uwagę, że w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2017 r., KIO 1339/17 poniesiono: (...) co więcej, zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie, obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem i sprzecznym z art. 473 k.c., gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę, jak też poprzez odmienną interpretację przez Zamawiającego pojęcia "opóźnienie" niż ta przyjęta powszechnie, co wprowadza w błąd wykonawców; W ocenie Izby zarzut jest uprawniony. Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia SIWZ wynikające z uwzględnienia zarzutu w tym uwzględniając podniesione żądania, jak też odpowiednią modyfikację ogłoszenia uwzględniającą żądania odwołania, zgodnie z sentencją Wyroku.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że znane są mu poglądy wyrażane w części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które – co do zasady – odmawiały uwzględniania odwołań skarżących kary umowne i generalnie zasady odpowiedzialności Wykonawcy pod kątem naruszania równowagi stron. W orzecznictwie tym powoływano się na następujące argumenty:

- i. zasada swobody ofertowania (jeżeli Wykonawcy nie odpowiadają zapisy umowne – nie musi składać oferty)
- ii. specyfika postępowań o udzielenie zamówienia usprawiedliwia brak równowagi stron (zamawiający w sposób dyskrecyjony kształtują zapisy umowne)
- iii. wykonawca może „kompensować” blokujące zapisy umowne związane z karami umownymi poprzez odpowiednią kalkulację ceny która skompensuje ryzyko wysokich, kumulatywnych czy Nielimitowanych kar
- iv. wykonawcy na etapie realizacji zawsze pozostaje droga postępowania sądowego (miarkowanie kar przez sąd)
- v. Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie

Odwołujący wskazuje, że głęboko nie zgadza się z tak stawianymi tezami oraz nie zgadza się z wnioskami do których tezy te prowadzą: mianowicie do odmawiania w efekcie przedsiębiorcom prawa do skutecznego kwestionowania zapisów kontraktowych u Zamawiających publicznych przed sądem (arbitrażowym).

O ile Krajowa Izba Odwoławcza pieczołowicie i znakomicie broni precyzyjności i jednoznaczności zapisów OPZ na gruncie art. 29 ust. 1 Pzp. to w zakresie zapisów umownych w zasadzie oddaje pola Zamawiającym. Tymczasem to jak jest kształtowana odpowiedzialności wykonawcy na gruncie SIWZ składa się również na opis przedmiotu zamówienia. Wynikające z kontraktu zawieranego w ramach Pzp. zapisy umowne dotyczące odpowiedzialności są przecież istotnym elementem zawieranego w wyniku przetargu zobowiązania.

Zdaniem Odwołującego wskazywanie na swobodę ofertowania („jeżeli wykonawcy nie odpowiadają warunki odpowiedzialności, to nie musi składać oferty” (i.) obarczone jest niestety ignorowaniem stanowiska i interesu jednej ze stron stosunku zamówieniowego (Wykonawcy), a co za tym idzie – do uprzywilejowywania Zamawiających, co nie ma żadnego uzasadnienia. Omawiane stanowisko traci też z pola widzenia istotę Ustawy PZP – a mianowicie konkurencyjność (wszak im więcej oferentów tym lepiej dla konkurencyjności, w tym dla samych Zamawiających i finansów publicznych).

Odnosząc się do twierdzenia o wyższości interesu Zamawiających nad interesem przedsiębiorców czy wykonawców (ii) - w ocenie Odwołującego stanowisko takie jest absolutnie błędne i głęboko nieuzasadnione prawnie i ontologicznie. Żadna norma PZP (ani inna norma prawna, wliczając w to kodeks cywilny i konstytucję) nie artykułuje prymatu interesu Zamawiającego nad interesem Wykonawcy. Przeciwnie – należy podkreślić, że wobec prawa wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku są równe. Utrwalanie w/w linii orzeczniczej ugruntowuje niesłuszne rozumienie prymatu Zamawiającego nad wykonawcami. Jego słuszne rozumienie ma uwzględniać specyfikę polegającą na tym, że autorem wzorca umowy w przetargach jest Zamawiający. I tylko na tym. Uprzywilejowanie polegające na byciu autorem wzorca umowy nie oznacza jednak przyzwolenia na nadużywanie tej roli i zezwoleniu (za poparciem niektórych wyroków KIO) na całkowicie niesymetryczne kształtowanie zapisów kontraktowych, czy też obarczanie wykonawców wszelkimi ryzykami.

Z kolei wskazywanie, że Wykonawca może jakoby kompensować sobie ryzyka kontraktowe wysokością ceny (iii) pomija dwa istotne ograniczenia tej „kompensaty”. Po pierwsze pomija fakt, że wykonawcy są zmuszeni konkurować ze sobą, przede wszystkim (choć nie tylko) cenami, co oznacza, że odzwierciedlanie w cenie oferty ryzyk kontraktowych związanych z regulacjami dotyczącymi odpowiedzialności jest silnie ograniczona. Po drugie pomija fakt, że pełne odzwierciedlenie ryzyk jest w zasadzie niemożliwe na etapie oferty, choćby z tego powodu, że część z nich aktualizuje się i jest znana dopiero na etapie realizacji (np. dopiero wówczas znana jest ew. długość opóźnienia i ew. kary umowne itd.)

Odwoływanie się z kolei do zawsze możliwej drogi sądowej na etapie realizacji umowy (iv) jest w ocenie Odwołującego niezrozumiałe, gdyż niczego nie uzasadnia, ani nie rozstrzyga na etapie przetargu. Wszak we wnoszeniu środków ochrony prawnej w

trybie Pzp. nie chodzi o to by ich nie wnosić, gdyż są inne, związane z realizacją umowy możliwe roszczenia i postępowania sądowe. W ocenie Wykonawcy Izba jak najbardziej jest w prawie i posiada kognicję w zakresie orzekania o zapisach kontraktowych zawartych w SIWZ, w tym w zakresie kar umownych i odpowiedzialności.

Odwołujący nie zgadza się również ze spotykanym w niektórych wyrokach KIO (oddalających odwołania dotyczące kar umownych) uzasadnieniem, polegającego na jakoby „niemożności narzucania zamawiającemu” w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa. Przecież Izba czyni to („naruca”) nieustannie, w licznych wyrokach dotyczących SIWZ czy odpowiedzi na pytania do SIWZ, orzekając co do konkretnych i precyzyjnych żądań odwołujących regulujących rozmaite aspekty zamówienia. Nie jest zrozumiałe, dlaczego akurat zapisy dotyczące kar umownych czy zasad odpowiedzialności kontraktowej miałyby być inaczej potraktowane. Tym bardziej, że istnieją normy prawne, znajdujące zastosowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, które mogą być przez projektowane zapisy wzorców umów naruszane.

Odwołujący domaga się niniejszym odwołaniem potraktowania zawartych w nim zarzutów w sposób odbiegający od opisanej wyżej linii orzeczniczej. Wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku są wobec prawa równe niezależnie od tego czy wydają własne, czy publiczne pieniądze. Choćby dlatego, że owe publiczne pieniądze nie są „niczyje”, czy „państwowe” lub „samorządowe” lecz również w części pochodzą od wykonawców, czyli przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego możliwe jest orzeczenie analizujące i rozstrzygające, czy w okolicznościach faktycznych tego konkretnego przedmiotu umowy i jego specyfiki wskazane zapisy o karach umownych rzeczywiście pełnią swoją funkcję (stymulującą, represyjną, kompensacyjną, czy symplicyjną), czy jednak są to kary naruszające zasady współżycia społecznego, a całość regulacji jest sprzeczna z art. 5 kc. oraz przeciwna naturze stosunku prawnego, wynikającego z umowy (jak również naturze samej instytucji kar umownych).

Odwołujący podkreśla również, że istnieją liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dostrzegające wnioskowany aspekt poruszany w odwołaniu, precyzyjnie punktując i uznając za własne wyrażane poglądy doktrynalne, obalające prymat Zamawiających nad przedsiębiorcami.

W orzeczeniach tych Krajowa Izba Odwoławcza wprost odwołuje się do takiego rozumienia zasad obowiązującego porządku prawnego, w których prawo zamawiających do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego. Powołuje się tu właśnie zakaz nadużywania swego prawa podmiotowego przez zamawiających, co wywodzone jest z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z art. 5 kc. (zakaz czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego,

a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony).

W tej grupie wyroków KIO dostrzegane i powoływane są następując wypowiedzi orzecznicze:

- Wyrok SN z 08.05.2014 r. sygn. akt V CSK 322/13 – „Odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania”;
- Wyrok SN z 14.01.2016r. sygn. akt IV CSK 223/15 – „Obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy”.
- Wyrok SN z 24.04.2014 r. sygn. akt III CSK 178/13 – „Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych”.

Pojawiają się wyroki Izby, w których kwestia ta doczekała się następującej oceny: *„Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty”* (KIO 1601/18). Powyższy wyrok KIO nawiązuje do wyroku SN z dnia 22.10.2015 r. (IV CSK 687/14), w którym Sąd wskazał, że: *„nie określenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”*.

Ustawodawca doszedł do wniosku, że limitacja kar umownych jest pożądana, a wręcz konieczna, czyniąc jej wprowadzenie w ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych obowiązkiem zamawiającego.

Reasumując w ocenie odwołującego, kary umowne przewidziane przez zamawiającego, z dużym prawdopodobieństwem mogą powodować, że odwołujący utraci cały zysk z realizacji umowy. Potwierdzają to wyliczenia kar dokonane przez odwołującego, który dokonał symulacji naliczenia kar przy uwzględnieniu ceny ofertowej na przyjętym poziomie. Regulacja w zakresie kar umownych przyjęta przez Zamawiającego powoduje, że zamiast funkcji kompensacyjnej pełni rolę represyjną względem wykonawcy. Tak ukształtowane kary umowne naruszają zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ustawy PZP.

W orzecznictwie KIO podkreśla się również, iż "nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie." (tak KIO 2076/18).

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współzycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższego, w orzecznictwie Izby wskazuje się, że "obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężających na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą".

W ocenie odwołującego, postanowienia projektu umowy nie spełniają celu jakim jest, to że zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia.

Żądanie:

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o rozpoznanie odwołania w sposób odrzucający podejście ugruntowujące nierówność stron projektowanej umowy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów załącznika do SIWZ wzoru umowy poprzez zmianę zapisów § 14:

- a) wprowadzenia górnego limitu sumy kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia, w tym nieterminowym jego wykonaniem, jak również nieterminowym wykonywaniem prac w zakresie reakcji i naprawy awarii, błędu, usterki, które są określone w § 14, w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 14 ust. 2 lit d na okoliczność odstąpienia od umowy tj. w wysokości nie większej niż 20 % wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy;
- b) zmianę stawek kar umownych określonych w § 14 ust. 2 lit b i c w następujący sposób;

za zwłokę w Czasie Reakcji Wykonawcy na Zgłoszenie Wady:

- i. Awarii Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,001%, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki, liczoną od upływu terminu określonego w godzinach wyznaczonego jako Czas Reakcji,
- ii. Błędu Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,01%, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego jako Czas Reakcji,
- iii. Usterki Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,01%, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego jako Czas Reakcji,

za zwłokę w stosunku do terminu Usunięcia Wady:

- iv. Awarii Oprogramowania (część biała) w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,001% za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki, a w przypadku Awarii Oprogramowania (część szara) w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,01% za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- v. Błędu Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,01% za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- vi. Usterki Oprogramowania w okresie gwarancyjnym – w wysokości 0,01% za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

- c) wprowadzenia w § 14 zastrzeżenia, że nie podlegają kumulowaniu kary umowne z tytułu wystąpienia tej samej okoliczności;
- d) zastąpienie w § 14 ust. 2 lit a, b i c słowa "opóźnienie" słowem "zwłoka",

PODSUMOWANIE

Mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzega możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji oraz wskazania dalszych dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie rozprawy.

Z poważaniem,

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.