

Poznań, dnia 11 stycznia 2021 r.

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

Zamawiający: Szpital Wojewódzki w Poznaniu, ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań
tel. /faks: 061 82 12 359, e-mail: slusarski@lutycka.pl, dzp@lutycka.pl

Odwołujący: Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu
ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań, numer KRS: 0000014544, tel.: 61 64 60 981, faks: 61 64 60 980, e-mail: biuro@nexuspolska.pl reprezentowana przez:
Wojciech Kaliński - radca prawny
Katarzyna Giordano – radca prawny
Sebastian Błażniak - Prokurent
Agnieszka Smuszkiewicz – pracownik Nexus Polska

Dotyczy (przedmiot zamówienia): postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu”, nr zamówienia: SZW/DZP/98/2020, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 255-640188

ODWOŁANIE

**wobec treści dokumentów zamówienia
oraz treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia
(tj. wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
oraz wobec treści ogłoszenia o zamówienia
w rozumieniu ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych)**

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.; dalej jako „Npzp”) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020; dalej jako „Przepisy wprowadzające”)¹, wnoszę odwołanie wobec określenia przez Zamawiającego treści dokumentów zamówienia oraz treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (tj. wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wobec treści

¹ Postępowanie zostało ogłoszone w 31 grudnia 2020 r., a zatem stosownie do art. 90 ust. 1 Przepisów Wprowadzających stosuje się do niego przepisy dotychczasowe. Co za tym idzie, choć do postępowania odwoławczego w myśl art. 92 ust. 2 Przepisów Wprowadzających stosuje się przepisy Npzp, zarzuty dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia formułowane są w oparciu o przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).

ogłoszenia o zamówienia w rozumieniu ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu” w sposób:

- I. kształtujący treść przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego,
- II. niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia,
- III. utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
- IV. nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia,
- V. a także obejmujący wymagania, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a które mają wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia i sporządzenie oferty,

i w związku z tym **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.; dalej jako: „Pzp”) mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.

1. **art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp** poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. w zakresie postawienia przez Zamawiającego wymogu wykazania wykonania zamówień, o których mowa w Rozdz. V pkt 1.2.3.1.2. i pkt 1.2.3.1.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”),
2. **§ 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1282; dalej jako Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp** poprzez postawienie wymagania w Rozdz. VII pkt 8.2.2. SIWZ by w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej przedłożyć obok wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, certyfikaty potwierdzające posiadanie wymaganych umiejętności, tymczasem zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów żądanie certyfikatów potwierdzających posiadanie wymaganych umiejętności jest niedopuszczalne,
3. **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez żądanie od Wykonawców w Rozdz. VII pkt 16 SIWZ dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz brak precyzyjnego wskazania w Rozdz. VII pkt 16 SIWZ czy wymaganie przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, dotyczy całego przedmiotu zamówienia, czy tylko sprzętu,

4. **art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bowiem opis przedmiotu zamówienia zawiera szereg niezrozumiałych, nieścisłych i wzajemnie wykluczających się postanowień, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji złożenie oferty i jej rzetelną wycenę, w zakresie:
- a) postawienia wymagań dotyczących metodyki projektu (str. 8 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zgodnie z informacjami podanymi na stronie internetowej stanowiący załącznik nr 10, dalej jako: „SOPZ”), w szczególności w zakresie zobowiązania Wykonawcy do dostarczenia wraz z zaproponowaną metodyką szczegółowego opisu zawierającego minimalnie: strukturę zadań, podział obowiązków, ról w projekcie, harmonogram, opisy podstawowych procesów oraz dyscyplin projektowych jak też książkę projektu, a także w zakresie realizacji ww. zobowiązania w przypadku zaproponowania równoważnej metodyki, podczas gdy aktualne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie metodyki projektu nie pozwala przygotować wymaganego opisu,
 - b) w którym Zamawiający nie publikuje załączników do SIWZ, tj. formularza oferty i formularza cenowego, choć wielokrotnie powołuje się na te dokumenty w treści SIWZ, a ponadto w zakresie dotyczącym używania różnych nazw w stosunku do tego samego dokumentu, tj. formularza cenowego,
 - c) na skutek postawienia wymagań w zakresie integracji z systemami HIS oraz ERP, w tym wewnętrznej integracji pomiędzy modułami systemu (str. 201 SOPZ) zgodnie, z którymi integracja musi polegać co najmniej na następujących elementach: a. integracja w zakresie weryfikacji uprawnień użytkowników - jeżeli użytkownik jest zalogowany do jednego modułu może przesłać i odczytać dane z innego modułu bez konieczności dodatkowej autoryzacji, b. integracja semantyczna – moduły muszą w sposób jednoznaczny identyfikować informacje wymieniane pomiędzy nimi. Integracja musi uwzględniać integrację pojęciową jak i słownikową. Jeżeli moduły korzystają z różnych słowników Dostawca musi zapewnić opracowanie i utrzymywanie tabeli przekodowań, c. wspólny model danych – poszczególne moduły muszą pracować na wspólnym modelu danych, tzn. przechowywać dane we wspólnych, współdzielonych tabelach, co jest technologicznie niemożliwe przy realizacji zamówienia,
5. **art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z §13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów** poprzez sformułowanie wymogu w zakresie prezentacji oprogramowania, o czym mowa w Rozdz. dot. wymagań szczegółowych (str. 14 i n. SOPZ), w sposób:
- a) niejednoznaczny, niezrozumiały, podlegający subiektywnej ocenie Zamawiającego, dający Zamawiającemu znaczną swobodę arbitralnej oceny, m.in. na skutek zaniechania przedstawienia schematu testowania systemu ze wskazaniem, które funkcjonalności będą podlegały testowaniu oraz ze wskazaniem opisu i kryteriów oceny czy prezentowana funkcjonalność jest zgodna z wymogami Zamawiającego, co uniemożliwia Wykonawcom ocenę czy oferowany przedmiot zamówienia spełni wymagania postawione przez Zamawiającego, z kolei przyjęcie, że będą testowane wszystkie funkcjonalności z technicznego punktu widzenia jest niewykonalne jako, że nie jest możliwa pełna konfiguracja i uruchomienie systemu na potrzeby prezentacji,
 - b) naruszający zasadę proporcjonalności poprzez żądanie przedłożenia do testowania całego systemu, co technicznie jest niemożliwe, a w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości,

6. **art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagania odnośnie silnika bazy danych (str. 150 SOPZ) wedle, którego system bazodanowy posiada wbudowane narzędzia do budowy hurtowni danych i kostek OLAP oraz mechanizmy ETL lub takie narzędzia zostaną dostarczone oddzielnie, jednak w ramach tego samego zamówienia, co oznacza, że tylko jeden silnik bazy danych (Microsoft SQL Server) spełnia wymagania Zamawiającego, tymczasem postawienie takiego wymagania nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego i prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji,
7. **art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc** poprzez opisanie w SOPZ oraz we wzorze umowy przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i jej rzetelną wycenę, tj. w szczególności:
- a) poprzez brak prawidłowego zdefiniowania pojęcia Oprogramowanie (§ 1 ust 8 wzoru umowy) i używanie w definicji umownej terminologii niespójnej i niedoprecyzowanej w Opisie Przedmiotu Zamówienia, do którego przedmiotowa definicja odsyła;
 - b) poprzez brak prawidłowego zdefiniowania pojęcia Oprogramowanie Systemowe (§ 1 ust. 11 wzoru umowy) i definiowanie tego pojęcia przez nie samo oraz niezdefiniowane pojęcie oprogramowania bazodanowego, a na dodatek zdefiniowane go niespójnie z terminologią użytą w Opisie Przedmiotu Zamówienia;
 - c) poprzez postawienie wymagania § 2 ust. 3 wzoru umowy, zgodnie z którym Sprzęt będący przedmiotem dostawy winien spełniać normy bezpieczeństwa, których Zamawiający nie zdefiniował;
 - d) poprzez postawienie wymagań § 3 ust. 9 i 10 wzoru umowy, zgodnie z którymi:
 - (1) Wykonawca ma dostarczyć środowisko testowe– serwery wirtualne, których wymagania nie zostały w żaden sposób zdefiniowane w umowie ani w Opisie Przedmiotu Zamówienia;
 - (2) o ile umowa nie stanowi inaczej, Zamawiający nie ma obowiązku udostępniać żadnej infrastruktury sprzętowej ani oprogramowania poza Infrastrukturą Zamawiającego, przy czym Infrastruktura Zamawiającego nie została w żaden sposób zdefiniowana w umowie ani w Opisie Przedmiotu Zamówienia;
 - (3) Zamawiający nie będzie zobowiązany do nabywania żadnych usług ani uprawnień innych niż wyraźnie zdefiniowane Umową. W szczególności zobowiązanie Wykonawcy oznacza, że nie jest konieczne nabycie przez Zamawiającego żadnych dodatkowych licencji ani uprawnień poza opisanymi Umową i objętymi Wynagrodzeniem, a korzystanie z Systemu nie spowoduje konieczności nabycia takich licencji lub uprawnień. Wszelkie ryzyka związane z szacowaniem ilości potrzebnych licencji, poza zdefiniowanymi przez Zamawiającego, lub innych uprawnień koniecznych do korzystania z Systemu zgodnie z Umową obciążają Wykonawcę, przy czym zakres wymagań Zamawiającego w tym zakresie nie został w żaden sposób zdefiniowany w umowie ani w Opisie Przedmiotu Zamówienia,
 - e) poprzez zdefiniowanie przedmiotu zamówienia za pomocą pojęć, którym Zamawiający nadaje wiele znaczeń, często niejednoznacznych i ze sobą sprzecznych, co uniemożliwia ustalenie Wykonawcom co jest przedmiotem zamówienia, a także poprzez brak spójności zdefiniowania przedmiotu zamówienia w § 2 wzoru umowy z SOPZ,
8. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29**

ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie:

- a) postawienia wymagania § 2 ust. 3 wzoru umowy, zgodnie z którym Sprzęt będący przedmiotem dostawy winien być fabrycznie nowy, wyprodukowany po III kw. 2020 roku, mimo że dostarczenie sprzętu z tak krótkim okresem produkcji nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego i jest znacząco utrudnione z uwagi na ograniczenia produkcji związane z epidemią Covid – 19;
 - b) postawienia w § 14 ust. 1 wzoru umowy wymogu, aby licencja umożliwiała dalszych rozwój systemu, bez zdefiniowania zakresu rozwoju,
 - c) postawienia w § 14 ust. 5 wzoru umowy wymogu, aby licencja na Oprogramowanie (w tym Aplikacyjne, Systemowe i Współdziałające) nie posiadała żadnych ograniczeń terytorialnych,
 - d) postawienia w § 14 ust. 5 wzoru umowy wymogu, aby licencja na Oprogramowanie (w tym Aplikacyjne, Systemowe i Współdziałające), uprawniała do korzystania z Oprogramowania bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń komputerowych,
 - e) postawienia w § 14 ust. 5 wzoru umowy wymogu, aby opłata licencyjna za Oprogramowanie obejmowała jakiegokolwiek dodatkowe świadczenia, w szczególności dostarczanie aktualizacji lub poprawek błędów lub inne usługi serwisowe, bez sprecyzowania czasokresu tych świadczeń,
 - f) postawienia w § 15 ust. 1 i § 16 ust. 1 wzoru umowy wymogu, dostarczenia Oprogramowania Systemowego i Aplikacyjnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, które nie zostały sprecyzowane,
 - g) przewidzenia w § 18 ust. 1 pkt 1 lit. a) kary za opóźnienie Wykonawcy w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto, co szacunkowo oznacza karę na poziomie kwoty 5.000 zł za jeden dzień opóźnienia,
 - h) przewidzenia w § 18 ust. 1 pkt 2 kary umownej w przypadku nieuzasadnionego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego - w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, co stanowi w istocie limit odpowiedzialności Zamawiającego w sytuacji, gdy odpowiedzialność Wykonawcy jest nielimitowana,
 - i) przewidzenia w § 17 ust. 20 wzoru umowy, że ilekroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: Zamawiającego i tworzone przez niego jednostki organizacyjne, instytucje kultury, a także inne samorządowe osoby prawne) oraz przedsiębiorstwa i spółki prawa handlowego, w których Zamawiający posiada akcje lub udziały),
9. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek sformułowania w § 1 ust. 7 wzoru umowy pojęcia Dysfunkcji jako uciążliwości w pracy z Systemem, która w żadne sposób nie została powiązana z brakiem wymaganych właściwości przedmiotu gwarancji, mimo że pojęcie Dysfunkcji odnosi się do wady gwarancyjnej, co powoduje – sprzecznie z istotą gwarancji że Zamawiający może zgłosić jako Dysfunkcję, czyli wadę objętą gwarancją każdą uciążliwość w pracy z Systemem, niezależnie do tego czy ona charakter wady;

i wobec powyższego **wnoszę o:**

- I. uwzględnienie odwołania;
- II. nakazanie Zamawiającemu:
 - a) w odniesieniu do zarzutu nr 1 lit. a modyfikację postanowień Rozdz. V pkt 1.2.3.1.2. i pkt 1.2.3.1.3. SIWZ poprzez przyjęcie, że warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie: co najmniej trzy zamówienia w ramach każdego z nich Wykonawca: wdrożył systemem klasy ERP dla co najmniej 100 użytkowników lub przeprowadził szkolenie dla min. 100 pracowników Zamawiającego z zakresu administrowania oraz ich użytkowania przez personel szpitala, w ramach każdego z zamówienia wartość powyższego zakresu wynosiła min. 300 000 zł brutto (w odniesieniu do pkt 1.2.3.1.2.), co najmniej trzy zamówienia w ramach każdego z nich Wykonawca zintegrował systemy medyczne klasy HIS z systemami administracyjnymi klasy ERP min. w zakresie przenoszenia pomiędzy HIS i ERP kosztów wykonanych procedur i wydanych na pacjenta leków (w odniesieniu do pkt 1.2.3.1.3.).
 - b) w odniesieniu do zarzutu nr 2 wykreślenie z Rozdz. VII pkt 8.2.2. SIWZ wymagania by Wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej, musiał przedkładać certyfikaty potwierdzające posiadanie wymaganych umiejętności,
 - c) w odniesieniu do zarzutu nr 3 organicznie wymogu, o którym mowa w Rozdz. VII pkt 16 SIWZ, tj. wymogu przedkładania materiałów producenta w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do przedkładania materiałów producenta wyłącznie w zakresie wyspecyfikowanego przez Zamawiającego sprzętu (poprzez odniesienie się do konkretnych postanowień SOPZ), a w przypadku uznania, że wymóg dotyczy również oprogramowania poprzez określenie zawartości merytorycznej, w tym wszystkich parametrów i cech jakie muszą zawierać materiały producentów w zakresie oprogramowania,
 - d) w odniesieniu do zarzutu nr 4 a jednoznaczne określenie wymogów dla metodyk projektowych i doprecyzowanie użytych w tym zakresie pojęć, tak by było możliwe również opisanie rozwiązania równoważnego,
 - e) w odniesieniu do zarzutu nr 4 b opublikowanie formularza oferty i formularza cenowego, a także wskazanie czym jest formularz asortymentowo-cenowy,
 - f) w odniesieniu do zarzutu nr 4 c wykreślenie postanowienia w zakresie integracji z systemami HIS oraz ERP, w tym wewnętrznej integracji pomiędzy modułami systemu (str. 201 SOPZ) wskazującego, że „Integracja musi polegać co najmniej na następujących elementach: a) integracja w zakresie weryfikacji uprawnień użytkowników - jeżeli użytkownik jest zalogowany do jednego modułu może przesłać i odczytać dane z innego modułu bez konieczności dodatkowej autoryzacji, b) integracja semantyczna – moduły muszą w sposób jednoznaczny identyfikować informacje wymieniane pomiędzy nimi. Integracja musi uwzględniać integrację pojęciową jak i słownikową. Jeżeli moduły korzystają z różnych słowników Dostawca musi zapewnić opracowanie i utrzymywanie tabeli przekodowań, c) wspólny model danych – poszczególne moduły muszą pracować na wspólnym modelu danych, tzn. przechowywać dane we wspólnych, współdzielonych tabelach”, a także potwierdzenie, że obecnie zrealizowana integracja w kontekście systemów HIS, ERP, RIS, PACS spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie integracji pomiędzy tymi modułami wskazane w tabeli na str. 202 SOPZ „wymagania dla przepływu danych” oraz akapicie ją poprzedzającym rozpoczynającym się od słów: „Zamawiający, w zakresie dotyczącym integracji z posiadanym systemem PACS (producent AGFA, nazwa systemu Impax 6) przewiduje integrację (...)”,
 - g) w zakresie zarzutu nr 5 lit. a i lit. b uzupełnienia SOPZ poprzez opublikowanie schematu testowania systemu ze wskazaniem, które funkcjonalności będą podlegały testowaniu w ramach prezentacji

oprogramowania oraz ze wskazaniem opisu i kryteriów oceny czy prezentowana funkcjonalność jest zgodna z wymogami Zamawiającego,

- h) w zakresie zarzutu nr 6 modyfikacji wymogu poprzez zmianę brzmienia postanowienia SOPZ na następujące: „System bazodanowy posiada wbudowane narzędzia do budowy hurtowni danych i kostek OLAP oraz mechanizmy ETL lub takie narzędzia mogą zostać dostarczone w ramach odrębnego zamówienia” (str. 150 SOPZ), a ponadto modyfikacji w odpowiednim zakresie pozostałych postanowień SOPZ odnoszących się do elementu „OLAP”,
- i) w zakresie zarzutu nr 7 lit. a) zmiany § 1 ust. 8 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) poprzez zdefiniowanie pojęć użytych w definicji Oprogramowania, w tym zdefiniowanie pojęcia Oprogramowania Wspomagającego (jeśli jest to pojęcie potrzebne) i uspoźnienie tych pojęć z pojęciami stosowanymi w OPZ,
- j) w zakresie zarzutu nr 7 lit. b) zmiany § 1 ust. 11 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) poprzez zdefiniowanie Oprogramowania Systemowego jako oprogramowania tworzące środowisko, w którym uruchamiane jest Oprogramowanie Aplikacyjne lub Oprogramowanie Bazodanowe, a także o zdefiniowanie pojęcia Oprogramowania Bazodanowego,
- k) w zakresie zarzutu nr 7 lit. c) uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o wymagania w zakresie norm bezpieczeństwa, których spełnienia przez oferowany Sprzęt Zamawiający oczekuje,
- l) w zakresie zarzutu nr 7 lit. d) uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o precyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie dostaw i oprogramowania oraz dokładny opis Infrastruktury Zamawiającego, a także odpowiednie skorygowanie zapisów umowy stosownie do zmian w OPZ, w tym przekazanie szczegółowych danych dotyczących infrastruktury udostępnionej Wykonawcy przez Zamawiającego do realizacji umowy każdorazowo z informacją czy wymaga jej rozbudowy, bądź uzupełniania (a jeśli tak, to w jakim zakresie), w szczególności:
 - ilości i parametry serwerów wraz z określeniem oprogramowania systemowego oraz ich roli (serwer bazy danych, serwer aplikacyjny, serwer dla wirtualizacji, serwer backup itp.)
 - zastosowane rozwiązania wirtualizacyjne (rodzaj technologii, wykorzystany sprzęt),
 - ilość i rodzaj licencji silników baz danych,
 - ilości i parametry stacji roboczych/terminali wraz z określeniem oprogramowania systemowego,
 - ilości wolnego miejsca w szafach serwerowych,a ponadto wskazania, czy Wykonawca musi dostarczać (a jeśli tak, to w jakich ilościach i o jakich parametrach):
 - stacje robocze/terminale,
 - czytniki kodów,
 - czytniki podpisów elektronicznych,
 - czytniki dowodów elektronicznych,
 - inne elementy peryferyjne,
 - elementy sieci aktywnej/pasywnej,
 - zasilacze UPS, agregaty,
 - serwerownię, elementy chłodzenia pomieszczeń serwerowych, inne elementy jej wyposażenia
 - urządzenia diagnostyczne lub medyczne,
- m) w zakresie zarzutu nr 7 lit. e) ujednolicenia w SIWZ definicji, w szczególności definicji takich pojęć jak: System, Moduł Systemu, Oprogramowanie Aplikacyjne, Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne, Administrator, ASI, Użytkownik, oraz modyfikację SIWZ tak by opisywała w sposób

jednoznaczny co jest przedmiotem zamówienia, a także uspoźnienia przedmiotu umowy z pojęciami stosowanymi w SOPZ i zakresem świadczeń przewidzianych w SOPZ,

- n) w zakresie zarzutu nr 8 lit. a) wydłużenia dopuszczalnego terminu wyprodukowania sprzętu, który może być przedmiotem dostawy, do 6 miesięcy wstecz licząc od daty zawarcia umowy,
- o) w zakresie zarzutu nr 8 lit. b) – poprzez wykreślenie wymogu, aby licencja umożliwiała dalszych rozwój systemu,
- p) w zakresie zarzutu nr 8 lit. c) – poprzez ograniczenie zakresu terytorialnego licencji do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- q) w zakresie zarzutu nr 8 lit. d) - f) oraz h) – i) – poprzez usunięcie zakwestionowanych zapisów i wskazanie ilości Użytkowników / pracujących w danym module pracowników, na dzień podpisania umowy,
- r) w zakresie zarzutu nr 8 lit. g) – poprzez zmianę wysokości kary na 0,02 % wynagrodzenia brutto,
- s) w zakresie zarzutu nr 9 zmiany § 1 ust. 7 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) poprzez zdefiniowanie Dysfunkcji jako – zbiorcze określenie dla nieprawidłowości rozumianych jako niezgodność z Dokumentacją lub wymaganiami przewidzianymi umową,

III. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Interes Odwołującego i możliwość poniesienia szkody:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu uniemożliwiają mu wycenę i złożenie konkurencyjnej, niepodlegającej odrzuceniu, oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Utrata możliwości pozyskania realizacji zamówienia może doprowadzić do szkody po stronie Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego postępowania.

Termin na wniesienie odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 255-640188. SIWZ oraz Ogłoszenie o zamówieniu zostały opublikowane przez Zamawiającego na jego na stronie internetowej również w dniu 31 grudnia 2020 r. 10-dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, upływa więc w poniedziałek w dniu 11 stycznia 2021 r. Uznać zatem należy, że odwołanie wobec treści postanowień SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu zostało wniesione w terminie.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu:

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

Zarzut nr 1 lit. a w zakresie naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp – dot. warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zdolności technicznej lub zawodowej (wykaz zamówień)

Zamawiający w Rozdz. V pkt 1.2.3 SIWZ przewidział, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie:

1.2.3.1.1. co najmniej trzy zamówienia w ramach każdego z nich Wykonawca: wdrożył systemem klasy HIS, przeprowadził szkolenie dla min. 300 pracowników Zamawiającego z zakresu administrowania oraz ich użytkowania przez personel szpitala, w ramach każdego z zamówienia wartość powyższego zakresu wynosiła min. 500 000 zł brutto.

1.2.3.1.2. co najmniej trzy zamówienia w ramach każdego z nich Wykonawca: wdrożył systemem klasy ERP, przeprowadził szkolenie dla min. 100 pracowników Zamawiającego z zakresu administrowania oraz ich użytkowania przez personel szpitala, w ramach każdego z zamówienia wartość powyższego zakresu wynosiła min. 300 000 zł brutto.

1.2.3.1.3. co najmniej trzy zamówienia w ramach każdego z nich Wykonawca zintegrował systemy medyczne klasy HIS z systemami administracyjnymi klasy ERP min. w zakresie przenoszenia z HIS do ERP kosztów wykonanych procedur i wydanych na pacjenta leków”.

W opinii Odwołującego postawiony warunek udziału w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. V pkt 1.2.3.1.2 SIWZ Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu nie uwzględnił w ogóle praktyki rynkowej dotyczącej realizacji podobnych zamówień w jednostkach ochrony zdrowia. Na wstępie należy zauważyć bowiem, że Zamawiający ogranicza możliwość wykazania doświadczenia tylko do „tego” rynku, tj. do rynku ochrony zdrowia, ponieważ stanowi, że „Wykonawca ma wykazać się wdrożeniem i przeprowadzeniem szkoleń dla pracowników Zamawiającego z zakresu administrowania oraz ich użytkowania przez personel szpitala”, co już samo w sobie stanowi bardzo duże ograniczenie w dostępie do uzyskania zamówienia publicznego. Zamawiający powinien mieć na uwadze, że liczebność personelu zatrudnionego w działach administracyjnych szpitali jest dużo mniejsza. Odwołujący działa na rynku od blisko 20 lat wdrażając oprogramowania w podmiotach leczniczych i stwierdza, że ilość personelu w szpitalach skali wojewódzkich kształtuje się w przedziale od 20 do 40 osób. Zamawiający po konsolidacji z innymi podmiotami eksploatuje system ERP dla 62 użytkowników. Przeszkolenie 100 użytkowników, jak wymaga tego Zamawiający, jest w praktyce bardzo rzadkie i musiałoby być realizowane w dużym szpitalu. W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że w ostatnich 3 latach takich projektów było niewiele. Osiągnięcie pułapu 100 pracowników będzie zatem możliwe jedynie po wdrożeniu aplikacji harmonogramy pracy lub/i wnioski urlopowe, które to moduły są w szpitalach eksploatowane gremialnie nie tylko przez pracowników administracji, ale także „personel biały” szpitala. Ponadto szkolenia z eksploatacji tych niewielkich zakresowo aplikacji najczęściej odbywają się zdalnie w postaci e-lerningu lub nagranych wcześniej webinarów. Z uwagi na niedostępność

„personelu białego” szkolenia te są często organizowane we własnym zakresie przez szpitale, natomiast Wykonawca szkoli jedynie liderów wdrożenia modułu. Innym słowy, faktyczna liczba przeszkolonych osób bezpośrednio przez Wykonawcę zwykle nie osiąga 100 osób.

Odnosząc się do warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. V pkt 1.2.3.1.3 SIWZ Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przyjął a priori, że przenoszenie „kosztów wykonanych procedur” następuje tylko w kierunku HIS -> ERP. Takie założenie jest prawdziwe jedynie w odniesieniu do leków wydanych na pacjenta, ponieważ Apteka zawsze jest elementem składowym systemu HIS. Natomiast w przypadku „kosztów wykonanych procedur” rozwiązania rynkowe równie często dokonują ich wyceny i dalej na ich podstawie zbiorczej kalkulacji kosztów na pacjenta w części HIS. Jest tak dlatego, że procedura jest produktem działania systemu HIS i zgodnie z jedną zasadą ekonomiczną (ABC) jej kalkulacja także następuje w miejscu powstawania. W ten sposób kalkulacja kosztów realizowana w układzie przedmiotowym jest w pełni opracowana, przy czym zgodnie z jednym z aksjomatów controllingowych nie odbywa się w ERP. Dla Zamawiającego nie powinno być ważne czy moduły kalkulacji procedur i rachunek kosztów leczenia są elementem jednego lub drugiego systemu. Istotą wymogu jest przyjęcie, że systemy w obszarze kosztowym są zintegrowane i dane są pomiędzy nimi przesyłane. Obecne sformułowanie wymogu „w zakresie przenoszenia z HIS do ERP” jest niestety sformułowane jednokierunkowo, co w kontekście powyższej argumentacji nie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, jak również w znaczącym stopniu ogranicza konkurencję w postępowaniu, dlatego należy przedmiotowe postanowienie SIWZ ukształtować w sposób wielokierunkowy, tj. przenoszenie pomiędzy HIS i ERP.

Przepis art. 22 ust. 1a Pzp wskazuje, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zasada proporcjonalności została uznana zresztą za jedną z naczelných zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych, według których zamawiający przygotowują i przeprowadzają postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 Pzp). W świetle powyższego, każdy warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy opisać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danego postępowania, w szczególności z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i specyfiki rynku, do którego zamówienie jest skierowane.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2017 r. o sygnaturze akt: KIO 714/17 w sposób niezwykle precyzyjny wyjaśniono jak interpretować zasadę proporcjonalności w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jaki cel przyświecał ustawodawcy unijnemu, który wprowadził obowiązek stosowania tejże zasady do obrotu prawnego. Członkowie Izby wyjaśniali, że „zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego

wykonania przedmiotu zamówienia. W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C - 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono natomiast, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję (...). Z kolei w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmi należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmi należytego jego wykonania”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 czerwca 2017 r. o sygnaturze akt: KIO 1081/17, KIO 1084/17, KIO 1091/17 wskazuje na potrzebę wyważenia interesu Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia, z interesem Wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia: „ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmi jego prawidłowej realizacji”.

Wobec powyższego, warunki dotyczące legitymowania się przez Wykonawcę określonym potencjałem technicznym i zawodowym, skonstruowane w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego, naruszają zasady uczciwej konkurencji oraz są sprzeczne z art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, ponieważ nie służą dokonywaniu rzeczywistej oceny minimalnych

zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Powyższe oznacza, że pozostawienie dotychczasowych wymagań w konsekwencji może prowadzić do wykluczenia z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, Wykonawców, którzy posiadają zdolność techniczną i zawodową umożliwiającą zrealizowanie zamówienia w sposób należyty.

Z zarzutem został skorelowany wniosek o modyfikację postanowień Rozdz. V pkt 1.2.3.1.2 i 1.2.3.1.3 SIWZ poprzez przyjęcie, że warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie: co najmniej trzy zamówienia w ramach każdego z nich Wykonawca: wdrożył systemem klasy ERP dla co najmniej 100 użytkowników lub przeprowadził szkolenie dla min. 100 pracowników Zamawiającego z zakresu administrowania oraz ich użytkowania przez personel szpitala, w ramach każdego z zamówienia wartość powyższego zakresu wynosiła min. 300 000 zł brutto, co najmniej trzy zamówienia w ramach każdego z nich Wykonawca zintegrował systemy medyczne klasy HIS z systemami administracyjnymi klasy ERP min. w zakresie przenoszenia pomiędzy HIS i ERP kosztów wykonanych procedur i wydanych na pacjenta leków.

Zarzut nr 2 w zakresie naruszenia § 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp – dot. wymogu przedłożenia obok wykazu osób certyfikatów potwierdzających posiadanie wymaganych umiejętności

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Katalog dokumentów jakich może żądać Zamawiający, celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest zamknięty, co oznacza, że Zamawiający nie może żądać innych dokumentów poza wymienionymi w cytowanym przepisie. Tymczasem zgodnie z Rozdz. VII pkt 8.2.2. SIWZ Wykonawca na wezwanie Zamawiającego ma przedłożyć „zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na potwierdzenie opisu w SIWZ rozdz. V pkt. 1.2.3.2. tj.: wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz certyfikaty potwierdzające posiadanie wymaganych umiejętności (wzór stanowi Załącznik nr 9 do SIWZ)”.

Wobec powyższego postawienie wymagania by, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej, przedkładać obok wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, certyfikaty potwierdzające posiadanie wymaganych umiejętności, jest niedopuszczalne w świetle § 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ponieważ ustawodawca nie przewidział możliwości żądania przez Zamawiającego od Wykonawców dostarczenia certyfikatów potwierdzających posiadanie wymaganych umiejętności (Zamawiający może jedynie żądać podania informacji na temat ich

kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego).

Odwołujący z omawianym zarzutem wiąże wniosek o wykreślenie z Rozdz. VII pkt 8.2.2. SIWZ wymagania by Wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej, musiał przedkładać certyfikaty potwierdzające posiadanie wymaganych umiejętności.

Zarzut nr 3 w zakresie naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – dot. żądania od Wykonawców w Rozdz. VII pkt 16 SIWZ dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania oraz braku precyzyjnego wskazania w Rozdz. VII pkt 16 SIWZ czy wymaganie przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, dotyczy całego przedmiotu zamówienia, czy tylko sprzętu

Zgodnie z Rozdz. III pkt 1 SIWZ „Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej – Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu”. Z kolei zgodnie z SOPZ (str. 4 i n.) zamówienie obejmuje m.in. dostawę Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) wraz z bezterminowymi licencjami na to Oprogramowanie, udzielenie licencji na korzystanie z Oprogramowania, dostawę powiązanych z wdrażanym ZSI urządzeń peryferyjnych, tj. komputerów, drukarek, drukarek kodów kreskowych i czytników kodów. Tym samym przedmiot zamówienia nie obejmuje wyłącznie dostarczenia oprogramowania. Przedmiotem zamówienia jest również dostarczenie sprzętu (np. komputerów, drukarek, drukarek kodów kreskowych i czytników kodów).

Zamawiający w Rozdz. VII pkt 16 SIWZ wprowadził wymaganie, zgodnie, z którym „Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, na wezwanie Zamawiającego, złożyć: Kopię lub oryginał materiałów producenta w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w języku kraju producenta lub w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski, poświadczone przez Wykonawcę, umożliwiające zweryfikowanie parametrów technicznych zaoferowanych w ofercie ze wskazaniem, której pozycji asortymentowej dotyczy. W przypadku braku parametru w firmowych materiałach informacyjnych, Wykonawca zobowiązany jest do potwierdzenia tych danych stosownym oświadczeniem, podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy”.

Postawiony przez Zamawiającego wymóg jest nadmierny i w opinii Odwołującego nie jest niezbędny do prowadzenia postępowania, a ponadto postanowienia z Rozdz. VII pkt 16 SIWZ są nieprecyzyjne i budzą liczne wątpliwości interpretacyjne, przede wszystkim w zakresie ustalenia czy wymaganie przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, dotyczy całego przedmiotu zamówienia, czy tylko sprzętu.

Zamawiający w SOPZ wskazuje parametry techniczne wyspecyfikowanych urządzeń, jednakże przedmiot zamówienia jest znacznie obszerniejszy i poza dostarczeniem sprzętu zawiera chociażby wdrożenie oprogramowania. Co istotne w zakresie oprogramowania Zamawiający nie wskazuje, analogicznie jak w przypadku niektórych rodzajów sprzętu, parametrów technicznych, które musiałyby być wskazane w przedkładanych materiałach.

Wobec powyższego z zarzutem Odwołujący wiąże wniosek o organicznie wymogu, o którym mowa w Rozdz. VII pkt 16 SIWZ, tj. wymogu przedkładania materiałów producenta w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do

przedkładania materiałów producenta wyłącznie w zakresie wyspecyfikowanego przez Zamawiającego sprzętu (poprzez odniesienie się do konkretnych postanowień SOPZ), a w przypadku uznania, że wymóg dotyczy również oprogramowania poprzez określenie zawartości merytorycznej, w tym wszystkich parametrów i cech jakie muszą zawierać materiały producentów w zakresie oprogramowania.

Zarzut nr 4 lit. a w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – dot. błędnego opisu przedmiotu zamówienia (metodyka projektu)

Według brzmienia art. 29 ust. 1 Pzp 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. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2014 r. o sygnaturze akt: KIO 1389/14 wyjaśniła, że „obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny. To na etapie konstruowania treści SIWZ zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny”. Zatem „Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty”².

W opinii Odwołującego sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i zawiera szereg niezrozumiałych postanowień uniemożliwiających Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji złożenie oferty i jej rzetelną wycenę.

Na stronie 8 SOPZ i n. Zamawiający podjął próbę opisu zasad prowadzenia projektu: „W celu efektywnej realizacji projektu wdrożeniowego rozwiązania ZSI, projekt powinien być realizowany zgodnie z zaproponowaną przez wykonawcę i zaakceptowaną przez Zamawiającego metodyką projektową zgodną ze standardami branżowymi dostępnymi powszechnie, tj. PRINCE 2, IPMA lub innymi równoważnymi standardami, w tym metodyki zwinne AGILE takie jak SCRUM. Wykonawca jest zobowiązany wraz z zaproponowaną metodyką dostarczyć jej szczegółowy opis zawierający minimalnie strukturę zadań, podział obowiązków, ról w projekcie, harmonogram, opisy podstawowych procesów oraz dyscyplin projektowych jak też książkę projektu. W razie zaproponowania równoważnej metodyki opartej o równoważne standardy Wykonawca musi wykazać ich równoważność w zakresie wskazanym w powyższym zapisie”.

Z uwagi na okoliczność, że Zamawiający posługuje się bardzo ogólnikowymi pojęciami, takimi jak standardy branżowe dostępne powszechnie (jeżeli są powszechnie dostępne, dlaczego nie zostało podane źródło, gdzie Wykonawca będzie mógł sprawdzić wymagania w zakresie standardów), książka projektu (również w tym przypadku Odwołujący wnosi o doprecyzowanie jaki rodzaj dokumentu Zamawiający ma na myśli), dyscypliny projektowe, itd., Odwołujący, bez doprecyzowania pojęć użytych do opisu metodyk projektowych, nie będzie mógł sprostać postawionemu wymaganiu by przygotować opis metodyki projektowej, w szczególności, że Zamawiający dopuszczając metodyki równoważne zobowiązał Wykonawcę do ich opisu.

² Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. o sygnaturze akt: KIO 641/17.

Zamawiający, dopuszczając rozwiązania równoważne, powinien jednoznacznie zidentyfikować wymogi, bo dopiero wtedy będzie możliwe dokonanie opisu rozwiązania równoważnego.

Mając na uwadze powyższe z zarzutem został skorelowany wniosek o jednoznaczne określenie wymogów dla metodyk projektowych i doprecyzowanie użytych w tym zakresie pojęć, tak by było możliwe również opisanie rozwiązania równoważnego.

Zarzut nr 4 lit. b w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust.

1 Pzp – dot. błędnego opisu przedmiotu zamówienia (brak opublikowanych załączników do SIWZ; różne pojęcia w ramach tego samego dokumentu)

Choć w treści SIWZ Zamawiający wielokrotnie powołuje się na formularz oferty, który miał stanowić załącznik nr 1 do SIWZ, oraz na formularz cenowy (w SIWZ pojawia się również pojęcie formularza asortymentowo-cenowego), który miał stanowić załącznik nr 2 do SIWZ, to dokumenty te nie zostały przez Zamawiającego opublikowane.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o opublikowanie formularza oferty i formularza cenowego, a także wskazanie czym jest formularz asortymentowo-cenowy.

Zarzut nr 4 lit. c w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust.

1 Pzp – dot. błędnego opisu przedmiotu zamówienia (integracja z systemami HIS oraz ERP, w tym wewnętrzna integracja pomiędzy modułami systemu)

W opinii Odwołującego opis przedmiotu zamówienia w zakresie integracji z systemami HIS oraz ERP, w tym wewnętrzna integracja pomiędzy modułami systemu (str. 201 SOPZ), jest niejednoznaczny, a co najważniejsze nie uwzględnia wszystkich okoliczności, w tym mających wpływ na możliwość zrealizowania zamówienia.

Zgodnie z SOPZ „Integracja musi polegać co najmniej na następujących elementach:

- a) integracja w zakresie weryfikacji uprawnień użytkowników - jeżeli użytkownik jest zalogowany do jednego modułu może przesłać i odczytać dane z innego modułu bez konieczności dodatkowej autoryzacji,
- b) integracja semantyczna – moduły muszą w sposób jednoznaczny identyfikować informacje wymieniane pomiędzy nimi. Integracja musi uwzględniać integrację pojęciową jak i słownikową. Jeżeli moduły korzystają z różnych słowników Dostawca musi zapewnić opracowanie i utrzymywanie tabeli przekodowań,
- c) wspólny model danych – poszczególne moduły muszą pracować na wspólnym modelu danych, tzn. przechowywać dane we wspólnych, współdzielonych tabelach”.

Cytowane postanowienia wskazują, że Zamawiający w zakresie integracji zastosował połączone wymogi: braku konieczności uwierzytelniania w różnych modułach, uspoźnienia słowników i pracy aplikacji w oparciu o wspólne struktury danych. W opinii Odwołującego spełnienie tych trzech wymogów jest możliwe jedynie przy zastosowaniu systemów homogenicznych, które od początku zaprojektowane są do współdziałania ze sobą. Spełnienie ww. wymogów nie jest możliwe przez systemy heterogeniczne, pochodzące od różnych producentów i pracujące w oparciu o różne silniki bazy danych. Należy mieć na uwadze, że oprogramowanie stosowane w podmiotach leczniczych z natury rzeczy jest heterogeniczne. Są to rozbudowane systemy informatyczne złożone zwykle z ok. 40 programów, dlatego można postawić tezę, że na świecie nie istnieje żaden produkt spełniający łącznie zaskarżone przez Odwołującego wymogi w zakresie integracji.

Treść SOPZ potwierdza argumenty wyartykułowane przez Odwołującego, gdyż w wymaganiu dla bazy danych (str. 18 SOPZ) wskazano, że „Wszystkie moduły systemu HIS muszą działać w oparciu

o jeden motor bazy danych. Wyjątkiem mogą być moduły specjalistyczne jak Sterylizatornia, Laboratorium/LIS, PACS/RIS, ERP jeśli będą realizowane przez aplikacje zintegrowane”, co oznacza, że SOPZ w zakresie wymogów dotyczących integracji jest rozbieżny.

W opinii Odwołującego konieczna jest modyfikacja treści SOPZ poprzez usunięcie kwestionowanych postanowień. Z kolei pozostałe postanowienia w zakresie wewnętrznej integracji pomiędzy modułami systemu opisują wymogi dotyczące integracji w sposób wystarczający dla zabezpieczenia istotnych interesów Zamawiającego oraz w sposób pozwalający Wykonawcom na złożenie ofert, ponieważ są wymienione zarówno standardy technologiczne, które są dopuszczone, jak również określono „wymagania dla przepływu danych” w przedmiotowym zakresie.

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący składa wniosek o wykreślenie postanowienia w zakresie integracji z systemami HIS oraz ERP, w tym wewnętrznej integracji pomiędzy modułami systemu (str. 201 SOPZ) wskazującego, że „Integracja musi polegać co najmniej na następujących elementach: a) integracja w zakresie weryfikacji uprawnień użytkowników - jeżeli użytkownik jest zalogowany do jednego modułu może przesłać i odczytać dane z innego modułu bez konieczności dodatkowej autoryzacji, b) integracja semantyczna – moduły muszą w sposób jednoznaczny identyfikować informacje wymieniane pomiędzy nimi. Integracja musi uwzględniać integrację pojęciową jak i słownikową. Jeżeli moduły korzystają z różnych słowników Dostawca musi zapewnić opracowanie i utrzymywanie tabeli przekodowań, c) wspólny model danych – poszczególne moduły muszą pracować na wspólnym modelu danych, tzn. przechowywać dane we wspólnych, współdzielonych tabelach”, a także potwierdzenie, że obecnie zrealizowana integracja w kontekście systemów HIS, ERP, RIS, PACS spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie integracji pomiędzy tymi modułami wskazane w tabeli na str. 202 SOPZ „wymagania dla przepływu danych” oraz akapicie ją poprzedzającym rozpoczynającym się od słów: „Zamawiający, w zakresie dotyczącym integracji z posiadanym systemem PACS (producent AGFA, nazwa systemu Impax 6) przewiduje integrację (...)”.

Zarzut nr 5 lit. a i lit. b w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z §13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów – dot. prezentacji (brak schematu testowania; naruszenie zasady proporcjonalności)

Zamawiający w SOPZ w Rozdz. pt. „Wymagania szczegółowe” (str. 14 i n.) wskazał, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia, czy zadeklarowane przez Wykonawcę informacje o posiadanej funkcjonalności oferowanego rozwiązania są zgodne ze stanem faktycznym. Zadeklarowana przez Wykonawcę funkcjonalność zostanie uznana za zgodną ze stanem faktycznym, jeżeli wykonana przez Wykonawcę prezentacja wykaże, że jest ona rzeczywiście zawarta w oferowanym systemie. Zamawiający ma prawo żądać zmiany wartości parametrów, bądź danych wprowadzanych do systemu na wartości podane przez niego, celem sprawdzenia czy opisywana funkcjonalność nie jest symulowana. W przypadku wątpliwości Zamawiającego czy zaoferowany system posiada określoną funkcjonalność, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zaprezentowania oferowanego rozwiązania, zgodnie Regulaminem Prezentacji, który został przedstawiony poniżej”.

W opinii Odwołującego wprowadzenie wymagania dot. prezentacji oprogramowania prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości. Po pierwsze, Zamawiający nie opublikował schematu testowania systemu ze wskazaniem, które funkcjonalności będą podlegały testowaniu oraz ze wskazaniem opisu i kryteriów oceny czy prezentowana funkcjonalność jest zgodna z wymogami Zamawiającego. Po drugie, z uwagi na okoliczność, że prezentacja oprogramowania zgodnie z postanowieniami SOPZ ma dotyczyć całości oferowanego systemu. Postawienie przez Zamawiającego takiego wymagania oznacza de facto, że na dzień składania ofert Wykonawcy

powinni dysponować gotowym systemem, co w sposób znaczący wpłynie na wycenę przedmiotu zamówienia.

Należy zwrócić uwagę, że postawienie przez Zamawiającego wymagania by testowany był cały system (czyli testowanie może się odbywać w zakresie wszystkich oferowanych funkcjonalności), z technicznego punktu widzenia jest niewykonalne jako, że nie jest możliwa pełna konfiguracja i uruchomienie systemu na potrzeby prezentacji. Przykładowo wykonanie wdrożenia w zakresie integracji między systemami nie jest możliwe do wykonania na etapie składania ofert. Zasadnicza część prac, w ramach wdrożenia, może być wykonana dopiero po uzyskaniu danych od Zamawiającego, które są przekazywane po podpisaniu umowy. Infrastruktura, którą posiada Zamawiający, również jest szczegółowo analizowana przez Wykonawców pod kątem wdrożenia systemu dopiero na etapie realizacji umowy. Zaniechanie opracowania schematu testowania systemu, który wskazywałby jakie funkcjonalności będą podlegać prezentacji, będzie miało kluczowe znaczenie przy podjęciu decyzji w zakresie wzięcia udziału w postępowaniu, ponieważ bez przedstawienia schematu testowania Wykonawcy będą musieli „w ciemno” przygotować system w całości do testowania.

Ponadto Zamawiający nie wskazał kryteriów oceny systemu nie dokonał opisu zasad testowania, co uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

Z uwagi na obowiązującą w systemie zamówień publicznych zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy powinni przed terminem składania ofert znać zasady oceny prezentowanego oprogramowania, ponieważ brak takich zasad może prowadzić do subiektywnej i arbitralnej oceny oprogramowania przez Zamawiającego, co w przypadku prezentacji oprogramowania jest niezwykle istotne ponieważ niewykazanie, że dana funkcjonalność spełnia wymagania Zamawiającego prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Brak szczegółowego wskazania funkcjonalności, które będą prezentowane, prowadzi do wniosku, że testowana będzie całość zamówienia, co należy uznać za wymóg nieproporcjonalny i nieodpowiadający właściwościom przedmiotu zamówienia. Przedstawienie do testowania całego systemu (a nie wyspecyfikowanych funkcjonalności), jest technicznie niemożliwe, ponieważ na komputerze nie jest możliwa pełna konfiguracja i uruchomienie systemu na potrzeby prezentacji (vide pkt 6 Regulaminu prezentacji (str. 15 SOPZ): „Wykonawca zapewnia niezbędny sprzęt do prezentacji (komputer z rzutnikiem multimedialnym) oraz skonfigurowany do prezentacji oferowany system”).

Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „uprawnienie do zażądania próbki (...) ograniczone jest przez uniwersalną regułę wynikającą z art. 25 ust. 1 P.z.p., zgodnie z którą zamawiający może zażądać od wykonawców wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zdaniem Izby ową niezbędność należy odnosić zarówno do możliwości zażądania dokumentu, jako takiego, jak i zażądanego zakresu dokumentu. Ta druga płaszczyzna oceny ma w szczególności znaczenie przy próbkce, której zakres nie został bliżej sprecyzowany w przywołanym przepisie rozporządzenia. Zatem również zakres zażądanego próbki musi być niezbędny dla przeprowadzenia postępowania. (...). Zamawiający winien zatem brać również pod uwagę, czy żądanie próbki nie naraża wykonawców na nadmierne obciążenia finansowe.”³ Powyższe stanowisko dotyczące ograniczenia zakresu próbki do niezbędnego zakresu znajduje potwierdzenie również wśród przedstawicieli doktryny. „Granica żądania próbek (ich cech, możliwości, sposobu prezentacji) winna być umiarkowanie i zdrowy rozsądek. Pamiętać należy przecież, iż to zamawiający będzie potem oceniał złożone próbki, a próbka ma dotyczyć możliwości

³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2013 r. o sygnaturze akt: KIO 2600/13, 2609/13.

realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś przygotowania, na etapie składania ofert, gotowego przedmiotu zamówienia w całości”⁴.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o uzupełnienie SOPZ poprzez opublikowanie schematu testowania systemu ze wskazaniem, które funkcjonalności będą podlegały testowaniu w ramach prezentacji oprogramowania oraz ze wskazaniem opisu i kryteriów oceny czy prezentowana funkcjonalność jest zgodna z wymogami Zamawiającego.

Zarzut nr 6 w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp – dot. dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagania odnośnie silnika danych

Zamawiający w odniesieniu do silnika bazy danych, z którym ma współpracować system ERP, postawił wymaganie by system bazodanowy posiadał wbudowane narzędzia do budowy hurtowni danych i kostek OLAP oraz mechanizmy ETL lub by takie narzędzia były dostarczone oddzielnie, jednak w ramach tego samego zamówienia (strona 150 SOPZ).

Odwołujący wskazuje, że opisany wymóg (oraz odpowiednio inne wymogi powiązane z elementem „OLAP”) determinuje zastosowanie przy realizacji zamówienia wyłącznie jednego silnika bazy danych, tj. Microsoft SQL Server, co oznacza, że Zamawiający zawęży krąg Wykonawców będących w stanie zrealizować zamówienie wyłącznie do jednego podmiotu, który oferuje system ERP podmiotom leczniczym w oparciu o technologię Microsoft.

Co ważne ograniczenie to nie jest w żaden sposób uzasadnione potrzebami czy ważnym interesem Zamawiającego, ponieważ przedmiot zamówienia nie obejmuje dostawy hurtowni danych. Jeżeli Zamawiający będzie realizował zamówienie na dostawę hurtowni danych w przyszłości, to będzie mógł osiągnąć ten cel przy zastosowaniu szeregu narzędzi zewnętrznych umożliwiających realizację tego celu, np. ODI lub zastosowanie pod hurtownię danych odrębnego silnika bazy danych, co przy skali podmiotu, jakim jest Zamawiający, jest jak najbardziej technologicznie uzasadnione.

Z przedmiotowym zarzutem skorelowany jest wniosek o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji wymogu poprzez zmianę brzmienia postanowienia SOPZ na następujące: „System bazodanowy posiada wbudowane narzędzia do budowy hurtowni danych i kostek OLAP oraz mechanizmy ETL lub takie narzędzia mogą zostać dostarczone w ramach odrębnego zamówienia” (str. 150 SOPZ), a ponadto nakazanie zmodyfikowania w odpowiednim zakresie pozostałych postanowień SOPZ odnoszących się do elementu „OLAP”.

Zarzut nr 7 lit a. w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. opisanie we wzorze umowy przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę.

W § 1 ust. 8 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) Zamawiający zdefiniował pojęcie Oprogramowania jako – całość lub dowolny element oprogramowania dostarczanego w ramach realizacji Umowy, obejmujące w szczególności specjalizowane oprogramowanie licencjonowane. Oprogramowanie musi być zgodne z wymaganiami wskazanymi w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia będącym częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) stanowiącą **Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.** do Umowy. W skład Oprogramowania

⁴ M. Brzeziński [w:] Próbką jako kryterium oceny ofert. Publikacje Elektroniczne ABC (system informacji prawnej LEX).

wchodzą: Oprogramowanie Wspomagające, Oprogramowanie Systemowe, Oprogramowanie Aplikacyjne.

Tymczasem Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia nie posługuje się pojęciami „specjalizowane oprogramowanie licencjonowane”, „Oprogramowanie Wspomagające” i „Oprogramowanie Aplikacyjne”. Występuje w nim natomiast oprogramowanie systemowe (pisane z małej litery), które obejmuje najprawdopodobniej Oprogramowanie systemowe chmury i Oprogramowanie systemowe wirtualizacji (Strona 1 OPZ). W OPZ występuje ponadto oprogramowanie narzędziowe (o którym umowa nie wspomina), które obejmuje najprawdopodobniej Oprogramowanie narzędziowe archiwizacji danych (Strona 1 OPZ). Zamiast pojęć „specjalizowane oprogramowanie licencjonowane” i „Oprogramowanie Aplikacyjne” OPZ posługuje się pojęciem „specjalizowane oprogramowanie aplikacyjne wytwarzania usług elektronicznych” (Strona 1 OPZ), natomiast Oprogramowanie Wspomagające nie występuje w OPZ w ogóle.

Zważywszy, że użyta definicja Oprogramowania miała, jak się wydaje, doprecyzowanie pojęcia przedmiotu zamówienia (o czym świadczy posługiwanie się przez Zamawiającego w § 2 ust. 2 wzoru umowy określeniami „2) przekazanie licencji na dostarczone oprogramowanie” oraz „3) przeprowadzenie instruktaży i szkoleń z wdrażanego sprzętu i oprogramowania” (choć pojęcie oprogramowania występuje tu z małej litery)), wskazane jest, by przedmiot zamówienia został określony precyzyjnie i nie budził wątpliwości. Tymczasem przy obecnych zapisach wzoru umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia, przedmiot zamówienia opisany jest wewnątrznie sprzecznie, niespójnie, niekompletnie i de facto z opisu tego nie sposób jednoznacznie ustalić poprawnego zakresu świadczenia wynikającego z umowy OPZ.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 1 ust. 8 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) poprzez zdefiniowanie pojęć użytych w definicji Oprogramowania, w tym zdefiniowanie pojęcia Oprogramowania Wspomagającego (jeśli jest to pojęcie potrzebne) i uspołnienie tych pojęć z pojęciami stosowanymi w OPZ.

Zarzut nr 7 lit b. w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dotyczy opisanie we wzorze umowy przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę.

W § 1 ust. 11 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) Zamawiający zdefiniował pojęcie Oprogramowania Systemowego jako oprogramowanie tworzące środowisko, w którym uruchamiane jest Oprogramowanie, w tym oprogramowanie systemowe lub bazodanowe. Przedmiotowa definicja stanowi w istocie definicję „ignotum perr ignotum” albowiem wynika z niej że oprogramowanie systemowe to takie w którym uruchamia się ono samo oraz niezdefiniowane oprogramowanie bazodanowe. W istocie więc definicja niczego nie wyjaśnia.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 1 ust. 11 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) poprzez zdefiniowanie Oprogramowania Systemowego jako oprogramowania tworzące środowisko, w którym uruchamiane jest Oprogramowanie Aplikacyjne lub Oprogramowanie Bazodanowe, a także o zdefiniowanie pojęcia Oprogramowania Bazodanowego.

Zarzut nr 7 lit c. w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc

– dotyczy opisanie we wzorze umowy przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę.

W § 2 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) Zamawiający postawi wymaganie, zgodnie z którym Sprzęt będący przedmiotem dostawy winien spełniać normy bezpieczeństwa. Jednak w Opisie Przedmiotu Zamówienia brak jest jakichkolwiek wymagań w zakresie bezpieczeństwa Sprzętu i norm, których spełnienia Zamawiający oczekuje.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o wymagania w zakresie norm bezpieczeństwa, których spełnienia przez oferowany Sprzęt Zamawiający oczekuje.

Zarzut nr 7 lit d. w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust.

1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc

– dotyczy opisanie we wzorze umowy przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę.

W § 3 ust. 9 i 10 wzoru umowy Zamawiający postawił wymagania, zgodnie z którymi:

- (1) Wykonawca ma dostarczyć środowisko testowe– serwery wirtualne: „9. O ile nic innego nie wynika wprost z Umowy, Wykonawca jest zobowiązany zapewnić wszelkie narzędzia, w tym oprogramowanie i inne zasoby potrzebne mu do realizacji przedmiotu Umowy. W szczególności – o ile Umowa nie stanowi inaczej – wszelkie prace związane z konfiguracją lub opracowaniem i testowaniem Oprogramowania będą odbywać się na środowisku testowym skonfigurowanym na infrastrukturze technicznej dostarczonej przez Wykonawcę w ramach Umowy – serwery wirtualne. ...” Takie wymaganie nie wynika jednak postanowień Opisu Przedmiotu Zamówienia, gdzie kwestia środowiska testowego została całkowicie pominięta. W efekcie poza cytowanym enigmatycznym zapisem wzoru umowy, postanowienia OPZ nie zawierają żadnych wymagań w tym zakresie, które pozwalałyby na oszacowanie zakresu świadczenia i wycenę oferty.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o wymagania w zakresie środowiska testowego, które miałyby stanowić przedmiot dostawy.

- (2) o ile umowa nie stanowi inaczej, Zamawiający nie ma obowiązku udostępniać żadnej infrastruktury sprzętowej ani oprogramowania poza Infrastrukturą Zamawiającego, przy czym Infrastruktura Zamawiającego nie została w żaden sposób zdefiniowana w umowie ani w Opisie Przedmiotu Zamówienia: „ 9 ... O ile Umowa nie stanowi inaczej, Zamawiający nie ma obowiązku udostępniać żadnej infrastruktury sprzętowej ani oprogramowania poza Infrastrukturą Zamawiającego. Powyższe nie wyłącza zobowiązania Zamawiającego do współdziałania opisanego Umową.”

Precyzyjne określenie elementów stanowiących przedmiot zamówienia jest bezwzględny obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 29 ust. 1 Pzp. Wykonawca nie może się domyślać co przedmiotem zamówienia jest a co nim nie jest. Zamawiający definiuje pojęcie Infrastruktury Zamawiającego jako infrastruktury informatycznej (w tym sprzęt i oprogramowanie) Zamawiającego, jednak nie opisuje tych elementów. Jedyne szczątkowy opis dotyczy aplikacji posiadanych przez Zamawiającego (Tabela 8 – strona 13 OPZ), jednak brak jest jakiegokolwiek opisu oprogramowania systemowego, narzędziowego,

bazodanowego czy infrastruktury sprzętowej. W tabeli nr 2 (strona 2 OPZ) Zamawiający wskazuje, że przedmiotem zamówienia są dyski do macierzy, jednak Wykonawca w oparciu w o zapisy OPZ nie jest w stanie ustalić, czy i jaką macierzą dysponuje Zamawiający. Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do stacji roboczych. Odwołujący po ilości przetargów ogłoszonych przez Zamawiającego na tego typu sprzęt może się domyślać, że dysponuje znaczącą liczbą komputerów ale nie wie, czy ich ilość wystarczy do realizacji projektu i nie wie czy Zamawiający w ogóle przeznaczy je do realizacji projektu. Jedynie pośrednio postanowienia umowy wskazują, że Zamawiający zapewni jakąś infrastrukturę, gdyż zgodnie z §2 ust. 4 pkt 2) wzoru umowy Wykonawca nie odpowiada za działanie i utrzymanie tej infrastruktury: „2) Wykonawca nie odpowiada za działanie i utrzymanie infrastruktury Zamawiającego nie dostarczonej w ramach niniejszej umowy, chyba że nieprawidłowe działanie Systemu jest następstwem działania Wykonawcy powodującego nieprawidłowe działanie infrastruktury Zamawiającego, w szczególności wadliwej konfiguracji,”

Wykonawca może się także domyślać, że przedmiot zamówienia obejmuje pewne elementy w zakresie zasilania awaryjnego, gdyż Zamawiający oczekuje w tym zakresie dokumentacji (§13 ust. 1 p. 7) i 8) wzoru umowy], ale dokładniejszych wymagań w tym zakresie nie sposób znaleźć ani w umowie ani w opisie przedmiotu zamówienia. Podsumowując, w kontekście infrastruktury IT, poza tym co Zamawiający opisał w OPZ w tabelach 1 i 2, jako przedmiot (część przedmiotu?) dostawy, brak jest jakichkolwiek informacji o tym, czym Zamawiający dysponuje. Jednocześnie Zamawiający oczekuje, że Wykonawca składając ofertę potwierdzi, że nabywana przez Zamawiającego infrastruktura jest wystarczająca do wykonania i korzystania z Systemu, co wynika z § 3 ust. 10 wzoru umowy:

„Wykonawca oświadcza, że podczas realizacji przedmiotu Umowy, a także podczas korzystania z Systemu w zakresie i na zasadach opisanych Umową, Zamawiający nie będzie zobowiązany do nabywania żadnych usług ani uprawnień innych niż wyraźnie zdefiniowane Umową. W szczególności zobowiązanie Wykonawcy oznacza, że nie jest konieczne nabycie przez Zamawiającego żadnych dodatkowych licencji ani uprawnień poza opisanymi Umową i objętymi Wynagrodzeniem, a korzystanie z Systemu nie spowoduje konieczności nabycia takich licencji lub uprawnień. Wszelkie ryzyka związane z szacowaniem ilości potrzebnych licencji, poza zdefiniowanymi przez Zamawiającego, lub innych uprawnień koniecznych do korzystania z Systemu zgodnie z Umową obciążają Wykonawcę.”

oraz §8 ust. 10 wzoru umowy: „Wykonawca oświadcza, że nabywana przez Zamawiającego infrastruktura jest wystarczająca do wykonania i korzystania z Systemu, co najmniej do upływu okresu udzielonej gwarancji, bez dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego.”

Tymczasem bez informacji od Zamawiającego, spełnienie powyższego wymagania oznaczałoby konieczność zbudowania pełnej infrastruktury IT w szpitalu.

Odwołujący posiada świadomość, że Zamawiający może nie dysponować wiedzą specjalistyczną jakich konkretnie parametrów urządzeń będzie wymagało rozwiązanie informatyczne dostarczane przez Wykonawcę. Musi jednak chociaż w zakresie ilościowym wskazać czego wymaga, w przeciwnym razie Wykonawca nigdy nie będzie miał pewności czy uwzględnił wszystko co konieczne w ofercie i opisał jakie elementy infrastruktury przekaże Wykonawcy do dyspozycji, celem przygotowania przedmiotu zamówienia.

Dlatego Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o precyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie dostaw i oprogramowania oraz dokładny opis Infrastruktury Zamawiającego, a także odpowiednie skorygowanie zapisów umowy stosownie do zmian w OPZ. W szczególności Wykonawca oczekuje przekazania szczegółowych danych dotyczących infrastruktury udostępnionej Wykonawcy przez Zamawiającego do realizacji umowy każdorazowo z informacją czy wymaga jej rozbudowy, bądź uzupełniania (a jeśli tak, to w jakim zakresie), w tym:

- ilości i parametry serwerów wraz z określeniem oprogramowania systemowego oraz ich roli (serwer bazy danych, serwer aplikacyjny, serwer dla wirtualizacji, serwer backup itp.)
 - zastosowane rozwiązania witalizacyjne (rodzaj technologii, wykorzystany sprzęt),
 - ilość i rodzaj licencji silników baz danych,
 - ilości i parametry stacji roboczych/terminali wraz z określeniem oprogramowania systemowego,
 - ilości wolnego miejsca w szafach serwerowych,
- a ponadto wskazania, czy Wykonawca musi dostarczać (a jeśli tak, to w jakich ilościach i o jakich parametrach):
- stacje robocze/terminale,
 - czytniki kodów,
 - czytniki podpisów elektronicznych,
 - czytniki dowodów elektronicznych,
 - inne elementy peryferyjne,
 - elementy sieci aktywnej/pasywnej,
 - zasilacze UPS, agregaty,
 - serwerownię, elementy chłodzenia pomieszczeń serwerowych, inne elementy jej wyposażenia
 - urządzenia diagnostyczne lub medyczne
- (3) „10. Zamawiający nie będzie zobowiązany do nabywania żadnych usług ani uprawnień innych niż wyraźnie zdefiniowane Umową. W szczególności zobowiązanie Wykonawcy oznacza, że nie jest konieczne nabycie przez Zamawiającego żadnych dodatkowych licencji ani uprawnień poza opisanymi Umową i objętymi Wynagrodzeniem, a korzystanie z Systemu nie spowoduje konieczności nabycia takich licencji lub uprawnień. Wszelkie ryzyka związane z szacowaniem ilości potrzebnych licencji, poza zdefiniowanymi przez Zamawiającego lub innych uprawnień koniecznych do korzystania z Systemu zgodnie z Umową obciążają Wykonawcę.” Jednak opis przedmiotu zamówienia nie zawiera parametrów pozwalających Wykonawcy na odpowiednie oszacowanie potrzeb i wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Dlatego Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o precyzyjny opis oczekiwań i potrzeb Zamawiającego, a w szczególności niewynikających z OPZ informacji o: usługach, licencjach, uprawnieniach, których pozyskanie od stron trzecich nie będących producentami Systemu, bądź Oprogramowania Aplikacyjnego jest konieczne do wykonanie przedmiotu umowy.

Zarzut nr 7 lit. e w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. zdefiniowania przedmiotu zamówienia za pomocą pojęć, którym Zamawiający nadaje wiele znaczeń, często niejednoznacznych i ze sobą sprzecznych, co uniemożliwia ustalenie Wykonawcom co jest przedmiotem zamówienia oraz rozbieżności między przedmiotem umowy opisanym we wzorze umowy i SOPZ

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą zrozumiałych określeń, tak by Wykonawca miał możliwość oszacowania zamówienia, a w konsekwencji możliwość złożenia oferty. W przypadku przedmiotowego postępowania Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami wynikającymi z

przepisów prawa, ponieważ przy definiowaniu przedmiotu zamówienia używa pojęć, którym nadaje wiele znaczeń, które często są ze sobą sprzeczne.

Przykładowo zgodnie z wzorem umowy (§ 1 pkt 13) System to „Oprogramowanie wraz z niezbędną do jego poprawnego działania infrastrukturą techniczną wytworzone lub dostarczone w ramach Umowy, wraz z nośnikami, dokumentacją techniczną, dokumentacją użytkowników i administratora tego oprogramowania. Na System składają się wszystkie elementy zamówienia wskazane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia będącym częścią SIWZ (**Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.** do Umowy)”. Z kolei zgodnie z SOPZ (str. 7) System to „łączne określenie dla oprogramowania i sprzętu – objętego wdrożeniem oraz umową serwisową z Wykonawcą, bez względu na nazwę handlową. Obejmujący Platformę systemowo-sprzętową, Oprogramowania aplikacyjne oraz inne oprogramowanie niezbędne do działania e-Uслуг realizowanych w niniejszym zamówieniu”.

Następnie w SOPZ (str. 7) Zamawiający wprowadza definicję Modułu systemu (kompletny zestaw narzędzi informatycznych obejmujących wszystkie warstwy architektury systemu, który dostarcza aplikację przeznaczoną dla użytkownika końcowego do realizacji określonych dziedzin działalności Zamawiającego), przy czym system pisany jest małą literą, więc literalnie moduł nie dotyczy „Systemu”, ponadto w treści SOPZ Zamawiający posługuje się już wyłącznie sformułowaniem „Moduł”, co świadczy o fakcie, że opis przedmiotu zamówienia jest niespójny, co uniemożliwia Wykonawcom ustalenie co tak naprawdę jest przedmiotem zamówienia.

Ponadto w SOPZ Zamawiający wielokrotnie używa pojęcia ZSI (Zintegrowany System Informatyczny), tymczasem ani we wzorze umowy, ani w SOPZ Zamawiający nie wprowadza definicji, tym samym Odwołujący nie wie jak Zamawiający definiuje ZSI. Pojawia się również wątpliwość jaka jest różnica między Systemem a ZSI, dlaczego Zamawiający wprowadza to kolejne pojęcie.

Kolejne sprzeczności SIWZ pojawiają się przy definiowaniu „Oprogramowania Aplikacyjnego”. Zgodnie z wzorem umowy (§ 1 pkt 12): Oprogramowanie Aplikacyjne to oprogramowanie będące podstawą do stworzenia Systemu, istniejące i dystrybuowane przez Wykonawcę przed zawarciem Umowy. Z kolei zgodnie z SOPZ (str. 7) Oprogramowanie aplikacyjne to „Dziedzinowy system informatyczny klasy HIS [Hospital Information System] na którego bazie zbudowane będą e-Uslugi jak również samo oprogramowanie e-Uslug i Portalu”. W tym miejscu należy wskazać, że przedmiot umowy obejmuje nie tylko wdrożenie HIS, ale także LIS, RIS, PACS, ERP (vide: str 4 SOPZ), co świadczy o tym, że Zamawiający nie dopasował definicji do przedmiotu zamówienia.

Ponadto wątpliwości Odwołującego budzi sformułowanie definicji ASI i Administratora. Powstaje pytanie jakie Zamawiający dostrzega różnice między dwoma funkcjami.

W opinii Odwołującego doprecyzowania wymaga definicja Użytkownika (zgodnie z aktualnym brzmieniem SOPZ (str. 8) to „Osoba, która jest pracownikiem Zamawiającego, posiada swój unikalny login i hasło”, poprzez wskazanie czy przez Użytkownika Zamawiający definiuje wszystkich pracowników czy tylko pracowników obsługujących Oprogramowanie Aplikacyjne / System.

W § 2 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) Zamawiający zdefiniował przedmiot umowy jako:

- 1) dostawę stanowisk roboczych i innego sprzętu komputerowego – komputerów, drukarek, tabletów, AP, itp.,
- 2) przekazanie licencji na dostarczone oprogramowanie,
- 3) przeprowadzenie instruktaży i szkoleń z wdrażanego sprzętu i oprogramowania,
- 4) wdrożenie systemu, zgodnie z procedurami opisanymi w OPZ,
- 5) dostosowanie systemów HIS oraz ERP do potrzeb SIWZ,

6) szkolenia pracowników.

Opis przedmiot zamówienia zawarty w umowie jest niespójny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SOPZ. Po pierwsze pkt 1 zawarty w §2 ust. 2 wzoru umowy wskazuje na otwarty katalog sprzętu, który ma zostać dostarczony, co jest niedopuszczalne, ponieważ wykonawca musi dokładnie znać zakres zamówienia. W tym miejscu Zamawiający powinien odwołać się do konkretnych postanowień SOPZ. Ponadto zakres przedmiotowy zawarty w umowie jest niespójny z SOPZ, ponieważ siatka pojęciowa używana we wzorze umowy i SOPZ często jest rozbieżna, np. we wzorze umowy Zamawiający używa skrótu AP, przy czym ten sam skrót nie pojawia się w SOPZ, więc Wykonawca może tylko przypuszczać, że Zamawiający ma na myśli punkty dostępowe Wifi.

Z uwagi na okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest wdrożenie systemu, ujednolicenie definicji w tym zakresie jest konieczne by Wykonawcy mogli wycenić przedmiot zamówienia i złożyć ofertę, wobec czego z zarzutem koreluje wniosek o nakazanie Zamawiającemu ujednolicenie w SIWZ definicji, w szczególności definicji takich pojęć jak: System, Moduł Systemu, Oprogramowanie Aplikacyjne, Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne, Administrator, ASI, Użytkownik, oraz modyfikację SIWZ tak by opisywała w sposób jednoznaczny co jest przedmiotem zamówienia, a także uspoźnienie przedmiotu umowy z pojęciami stosowanymi w SOPZ i zakresem świadczeń przewidzianych w SOPZ.

Zarzut nr 8 lit a. w zakresie naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty.

W § 2 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) Zamawiający postawi wymaganie, zgodnie z którym Sprzęt będący przedmiotem dostawy winien być fabrycznie nowy, wyprodukowany po III kw. 2020 roku. Wymaganie to oznacza konieczność dostarczenia Sprzętu wyprodukowanego w IV kwartale 2020 r. oraz na początku 2021 r., zważywszy że termin dostawy sprzętu został określony zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 SIWZ: „Dostawa i instalacja sprzętu w ramach pierwszego etapu przedmiotu zamówienia zostanie zrealizowana w terminie nie dłuższym niż 90 dni od dnia udzielenia zamówienia”, a termin składania ofert przewidziany został na 08.02.2021 r. (rozdział XII pkt 1 SIWZ). Takie wymaganie nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający oczekuje dostarczenia sprzętu wyprodukowanego w okresie, w którym w większości krajów doszło do kolejnego daleko posuniętego lockdown'u, ograniczeń w poruszaniu się i transporcie, co istotnie wpływa na proces zaopatrzenia i produkcji i możliwości pozyskania sprzętu wyprodukowanego w tym właśnie okresie.

W związku z powyższym Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia dopuszczalnego terminu wyprodukowania sprzętu, który może być przedmiotem dostawy, do 6 miesięcy wstecz licząc od daty zawarcia umowy

Zarzut nr 8 lit b. w zakresie naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób

sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty.

W § 14 ust. 1 wzoru umowy wymogu, aby licencja umożliwiała dalszy rozwój systemu, bez zdefiniowania zakresu tego rozwoju. Przedmiotowy zapis miałby dotyczyć dowolnego rodzaju Oprogramowania. W sytuacji w której Zamawiający nie precyzuje wymagań w zakresie rozwoju, oszacowanie rodzaju, zakresu i ceny licencji nie jest praktycznie możliwe. W tym stanie rzeczy przedmiotowy zapis winien zostać wykreślony.

Zarzut nr 8 lit c - i. w zakresie naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty.

W § 14 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający postawił wymagania aby licencja na Oprogramowanie (w tym Aplikacyjne, Systemowe i Współdziałające) nie posiadała żadnych ograniczeń terytorialnych, uprawniała do korzystania z Oprogramowania bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń komputerowych oraz aby opłata licencyjna za Oprogramowanie obejmowała jakiegokolwiek dodatkowe świadczenia, w szczególności dostarczanie aktualizacji lub poprawek błędów lub inne usługi serwisowe, bez sprecyzowania czasokresu tych świadczeń. Ponadto w § 15 ust. 1 i § 16 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający postawił wymogi dostarczenia Oprogramowania Systemowego i Aplikacyjnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, które nie zostały sprecyzowane.

Postanowienie wymagania dostarczenia nieograniczonych terytorialnie licencji nie znajduje żadnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, który jako szpital z istoty swej działa tylko na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co powoduje, że przedmiotowe wymaganie jest nadmiarowe i preferuje wykonawców (producentów) oferujących ten typ licencji.

Z kolei z zapisem o nielimitowanej liczbie użytkowników oprogramowania koreluje zapis OPZ, zgodnie z którym „Udzielenie licencji na korzystanie z Oprogramowania. Zamawiający wymaga dostarczenia licencji nieograniczonych w zakresie ilości zdefiniowanych i jednocześnie pracujących w systemie użytkowników. Jeśli jakiś element systemu, z przyczyn technicznych, dostarczanego przez Wykonawcę wymaga określenia ilości licencji - ilość wymaganych licencji określi Wykonawca w oparciu o poniżej wskazane informacje - Zamawiający zastrzega jednak, że liczba dostarczonych licencji nie może być mniejsza niż liczba pracujących, na dzień podpisania umowy, w danym module pracowników”. Jednak w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał liczby pracowników korzystających z danego modułu oprogramowania.

W ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający nabywa olbrzymie złożone z 36 programów (w istocie większej ich ilości) rozwiązanie informatyczne, obejmujące całościowo działalność podmiotu leczniczego. Zamawiający ma prawo oczekiwać braku reglamentowania licencji na poszczególne programy w kontekście ilości użytkowników (nabywa tzw. licencję otwartą) w zakresie tych modułów, w przypadku których jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego i sposobem korzystania z danego modułu. Zamawiający nie może jednak nie wskazać żadnych informacji chociażby pozwalająco poszlakowo estymować skalę przedmiotu licencji. Zamawiający sam

zastrzega, że „liczba dostarczonych licencji nie może być mniejsza niż liczba pracujących, na dzień podpisania umowy, w danym module”. Tej informacji OPZ jednakże nie zawiera, co jest informacją niezbędną by móc oszacować wartość zamówienia i złożyć ofertę. Wykonawca dowiaduje się jedynie ogólnie, że przedmiotem są „Szkolenia z użytkowania i administracji Systemu dla użytkowników (min. 600 osób) oraz administratorów systemu (min. 12 osób). Brak informacji na temat ilości osób mających wykorzystywać konkretny program praktycznie pozbawia Wykonawców jedynej cechy pozwalającej jakkolwiek zwymiarować wartość dostarczanych licencji. Wskazanie jedynie, że ilość użytkowników ma być nieograniczona jest niewystarczające, narusza zasadę uczciwej konkurencji, narusza także zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Należy zauważyć że wiele z nabywanych modułów będzie bowiem eksploatowana wyłącznie przez kilka osób (moduły ERP, sterylizatornia, bank krwi, medycyna pracy, zakażenia szpitalne, inne) natomiast Zamawiający nabywa do każdego z nich licencję na 600 osób. Jest to podejście irracjonalne, ponieważ abstrahując od kosztów nabycia tych licencji poniesie po zakończeniu gwarancji koszty ich utrzymania, mimo, że w praktyce w ogóle nie będzie ich wykorzystywał. Innymi słowy określenie licencji nieograniczonej dla modułów gremialnie eksploatowanych ma jak największy sens. Ten model licencjonowania jest natomiast zupełnie nieefektywny w odniesieniu do aplikacji eksploatowanych przez kilku lub kilkunastu ludzi. Tym bardziej, że Zamawiający nabywa posługując się najwyższym poziomem agregacji dwa duże systemy informatyczne HIS i ERP mogące mieć: różnych producentów, odmiennie regulowane prawa autorskie, odmiennie ograniczenia i postanowienia licencji.

W tym stanie rzeczy postanowienia dotyczące Nielimitowanych licencji winny zostać wykreślone, a w to miejsce wprowadzone regulacje dotyczące licencji na całość nabywanego oprogramowania Aplikacyjnego oraz Systemu poprzez wskazanie ilości Użytkowników lub pracujących, na dzień podpisania umowy, w danym module pracowników.

Wykreślone winny być również regulacje dotyczące wymogu, aby opłata licencyjna za Oprogramowanie obejmowała jakiekolwiek dodatkowe świadczenia, w szczególności dostarczanie aktualizacji lub poprawek błędów lub inne usługi serwisowe, bez sprecyzowania czasokresu tych świadczeń. Zważywszy, że Zamawiający oczekuje licencji na czas nieokreślony wymóg ten oznaczałby zapewnienie świadczeń dodatkowych również na czas nieoznaczony, co jest sprzeczne z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Podobnie wykreśleniu winny podlegać postanowienia § 15 ust. 1 i § 16 ust. 1 wzoru umowy wymogu, dostarczenia Oprogramowania Systemowego i Aplikacyjnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, które nie zostały sprecyzowane.

W tym miejscu trzeba wyraźnie podkreślić, że „istotne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są zatem potrzeby zamawiającego. Muszą być one jednak obiektywne, uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące. Uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia”⁵.

Dodatkowo należy wskazać, że przewidzenia w § 18 ust. 1 pkt 1 lit. a) kara za opóźnienie Wykonawcy w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto, szacunkowo oznacza karę na poziomie kwoty 5.000 zł za jeden dzień opóźnienia. Tak wysoka kara jest rażąco wygórowana i winna zostać obniżona do realnej wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto.

⁵ A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, wyd. 7, 2019 r.

Jednocześnie Zamawiający przewidział w § 18 ust. 1 pkt 2 karę umowną w przypadku nieuzasadnionego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego - w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto. Jednocześnie Zamawiający nie przewidział dla Wykonawcy możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, co powoduje, że przedmiotowa kara ma charakter wyłączny i stanowi w istocie limit odpowiedzialności Zamawiającego w sytuacji, gdy odpowiedzialność Wykonawcy jest Nielimitowana. W tym stanie rzeczy przedmiotowa kara winna zostać wykreślona.

Ponadto Zamawiający we wzorze umowy w § 17 ust. 20 przewidział, że „Ileokroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: Zamawiającego i tworzone przez niego jednostki organizacyjne, instytucje kultury, a także inne samorządowe osoby prawne) oraz przedsiębiorstwa i spółki prawa handlowego, w których Zamawiający posiada akcje lub udziały)”. Zdaniem Odwołującego postanowienie to wykracza poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego, bo o ile można uzasadnić, że Zamawiający próbuje zabezpieczyć swoje interesy w przypadku powstania jednostki organizacyjnej i kapitałowo z nim powiązanej, o tyle nie ma żadnego uzasadnienia by przenoszenie praw i obowiązków wynikających z umowy dotyczyło np. instytucji kultury, czy dowolnych samorządowych osób prawnych. Należy mieć na uwadze, że postanowienie stwarza po stronie Wykonawcy duże ryzyko, co niewątpliwie będzie miało przełożenie na oferowaną cenę przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 9 w zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego

W § 1 ust. 7 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) Zamawiający zdefiniował pojęcie Dysfunkcji jako – zbiorcze określenie dla nieprawidłowości rozumianych jako niezgodność z Dokumentacją lub też uciążliwość w pracy z Systemem. Pojęcie to jest następnie wykorzystywane w postanowieniach dotyczących gwarancji, w których pełni rolę wady gwarancyjnej:

§ 12

GWARANCJA

1. Wykonawca oświadcza, że udziela Zamawiającemu gwarancji na zasadach opisanych poniżej.
2. Wykonawca udziela gwarancji na dostarczony sprzęt, oprogramowanie i usługę wdrożenia na okres 12 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego bez uwag i zastrzeżeń.
3. Wykonawca usunie wszystkie zgłoszone Dysfunkcje nawet pomimo zakończenia okresu gwarancyjnego, o ile zostały one zgłoszone przed zakończeniem terminu obowiązywania gwarancji.
4. W ramach udzielonej gwarancji na usługę wdrożenia Zamawiający jest uprawniony do żądania usunięcia Dysfunkcji, które ujawnią się w trakcie okresu obowiązywania gwarancji. Wykonawca będzie zobowiązany do usuwania Dysfunkcji niezwłocznie, zgodnie z procedurą opisaną w Załączniku nr 3 do Umowy.
5. Jeżeli Wykonawca stwierdzi, iż przyczyna Dysfunkcji leży poza Systemem, w szczególności w elemencie infrastruktury Zamawiającego niebędącym elementem przedmiotu Umowy, Wykonawca nie jest zobowiązany do usunięcia Dysfunkcji lecz jest zobowiązany wskazać

przyczynę nieprawidłowego działania Systemu poprzez wskazanie elementu, który ją powoduje, a jeżeli to możliwe także podmiotu odpowiedzialnego za usunięcie takiej nieprawidłowości działania Systemu.

6. Powyższe nie ma zastosowania w przypadku, gdy przyczyna Dysfunkcji leży poza Oprogramowaniem, ale Wykonawca ponosi odpowiedzialność za jej wystąpienie, w szczególności w przypadku gdy przyczyna Dysfunkcji leży w infrastrukturze Zamawiającego, ale jest skutkiem nieprawidłowej konfiguracji lub parametryzacji infrastruktury Zamawiającego przez Wykonawcę.

Jeśli zatem pojęcie Dysfunkcji związane jest z zgłoszeniami i wadami gwarancyjnymi, zakres tego pojęcia winien być skorelowany z regulacjami kodeksu cywilnego dotyczącymi przedmiotowej instytucji. Zgodnie z art. 577 § 1. zd. 1 k.c. Udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego w przypadku, gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w tym oświadczeniu, a stosownie do § 3. przedmiotowego przepisu, jeżeli została udzielona gwarancja co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, o ile wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym.

Tymczasem zdefiniowane w § 1 ust. 7 wzoru umowy pojęcie Dysfunkcji tylko w pierwszej części („nieprawidłowości rozumianych jako niezgodność z Dokumentacją”) odnosi się do pojęcia wady i braku właściwości przedmiotu gwarancji wymaganych umową. W drugiej części definicji za Dysfunkcję uznaje się „uciążliwość w pracy z Systemem”, która w żaden sposób nie została powiązana z brakiem wymaganych właściwości przedmiotu gwarancji. W istocie zatem na podstawie tego postanowienia Zamawiający może zgłosić jako Dysfunkcji, czyli wadę objętą gwarancją każdą uciążliwość w pracy z Systemem. Przedmiotowe sformułowanie „uciążliwość w pracy z Systemem” (a nie uciążliwość **pracy Systemu**) wskazuje, że Zamawiający oczekuje wprowadzania poprawek funkcjonalnych do Systemu polegających na eliminowaniu rozwiązań zastosowanych w Systemie, które dla Zamawiającego stanowią uciążliwość w pracy. Uciążliwość w pracy jest pojęciem subiektywnym; dla jednej osoby korzystanie z interfejsu np. Microsoft Windows 10 jest uciążliwe, dla innej nie. Problem polega jednak na tym, że na podstawie tak zdefiniowanej Dysfunkcji Zamawiający wprowadza możliwość żądania niemal dowolnych zmian funkcjonalnych w Oprogramowaniu i Systemie. Takie oczekiwanie z jednej strony narusza istotę gwarancji (która służy usuwaniu wad a nie zmianom ergonomicznym Oprogramowania i Sprzętu), z drugiej zaś powoduje brak możliwości oszacowania ceny na potrzeby zaoferowania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. O ile bowiem na podstawie dotychczasowych doświadczeń z oferowanym rozwiązaniem i znajomości awaryjności takiego rozwiązania Wykonawcy są w stanie oszacować koszty gwarancji, o tyle takie nielimitowane modyfikacje nie zostały w żaden sposób przybliżone przez Zamawiającego. Mamy więc do czynienia z całkowicie nieokreślonym elementem przedmiotu zamówienia, które nie sposób w jakikolwiek sposób oszacować.

W tym stanie rzeczy Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 1 ust. 7 wzoru umowy (załącznik nr 11 do SIWZ) poprzez zdefiniowanie Dysfunkcji jako – zbiorcze określenie dla nieprawidłowości rozumianych jako niezgodność z Dokumentacją lub wymaganiami przewidzianymi umową.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że dokumentacja postępowania, w szczególności SIWZ i załączniki do SIWZ, stanowią dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.

W świetle powyższej argumentacji, zarzuty postawione przez Odwołującego uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Za Odwołującego:

Wykaz załączników:

- | | |
|-----------------|--|
| Załącznik nr 1. | Odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego; |
| Załącznik nr 2. | Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej; |
| Załącznik nr 3. | Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości; |
| Załącznik nr 4. | Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu. |