

Kraków, 05 lutego 2021 r.

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

**Zamawiający:** **Kujawsko-Pomorskie Centrum Kompetencji Cyfrowych**  
**„Conectio” sp. z o.o.**  
87-100 TORUŃ UL. WŁOCŁAWSKA 167  
tel. (56) 655 00 79  
fax. (56) 655 00 78  
e-mail: kontakt@conectio.pl  
REGON 871654224, NIP 956-20-93-276

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

**Dotyczy:** Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymania systemu teleopieki“ zamówienie udzielane w ramach projektu Kujawsko-Pomorska Teleopieka realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014 - 2020, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Osi Priorytetowej 9. Solidarne społeczeństwo Działanie 9.3 Rozwój usług zdrowotnych i społecznych Poddziałanie 9.3.2 Rozwój usług społecznych, Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.U./S S18 27/01/2021), w dniu 27 stycznia 2021 roku, numer ogłoszenia: 2021/S 018-041737 (TED).

**Przedmiot zamówienia:** Przedmiotem zamówienia jest utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymanie systemu teleopieki.

## **ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „PZP”), Odwołujący wnosi odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu (opublikowanych w dniu 27.01.2021 r.), sformułowanych niezgodnie z PZP, zarzucając Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję, określenie niezgodnych z przepisami ustawy PZP warunków udziału w postępowaniu, a także kształtując treść przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, a tym samym do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego

poprzez naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 4 PZP, w związku z art. 16 PZP oraz art. 106 ust. 1 i 3 PZP poprzez żądanie dostarczenia próbki oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez żądanie dostarczenia próbki w postaci opaski w pełni skonfigurowanej do pracy w systemie wraz z kartą SIM lub E-SIM uruchomionej w środowisku testowym systemu (co prowadzi do obowiązku dostarczenia próbki będącej gotowym produktem), jak również poprzez zaniechanie określenia funkcjonalności, które ma zawierać próbka na etapie składania ofert, a także zaniechanie określenia kryteriów oceny, czy prezentowana Zamawiającemu podczas demonstracji próbka spełnia wymagania Zamawiającego (zaniechanie określenia scenariuszy prezentacji funkcjonalności na etapie SWZ), co uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SWZ, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. Naruszenie art. 99 ust. 4 PZP, w związku z art. 16 PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 5 KC w związku z art. 353<sup>1</sup> KC poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, 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 postawienia wymagań, że system informatyczny (Aplikacja) ma zapewniać możliwość działania Telecentrum w zakresie obsługi urzędzeń Opasek przez 24h/7 z gwarancją SLA 99,99%;

3. art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 16 PZP poprzez określenie nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu, ograniczającego konkurencję wyrażającego się w ustanowieniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej warunku dotyczącego doświadczenia Wykonawcy w postaci: wykazania, że wykonawca *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje 2 (dwie) usługi polegające na dostawie i min. 2000 opasek do monitorowania osób wraz z wdrożeniem systemu do Teleopieki oraz integracją oprogramowania z centralą telefoniczną IP. Łączna wartość usług wskazanych w wykazie winna być nie mniejsza niż 2 000 0000 zł brutto* – w sytuacji, gdy wymaganie w zakresie łącznego wykazania się projektami w przedmiocie dostawy urzędzeń oraz systemu informatycznego do Teleopieki nie jest niczym uzasadnione, natomiast powoduje że warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i ustanawiający wymagania powyżej minimalnych poziomów zdolności pozwalających na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
4. art. 99 ust. 1 i 4 PZP, w związku z art. 16 PZP w związku z art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a tym samym również w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Wnioski i żądania Odwoływającego zostały przedstawione pod zarzutami.

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

### **Termin wniesienia odwołania**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 stycznia 2021 roku, w tym samym dniu Specyfikacja Warunków Zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej. Mając na uwadze, iż wartość zamówienia w postępowaniu przekracza progi unijne, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

## **Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uregulowania zapisów SWZ i wzoru umowy w sposób naruszający przepisy ustawy został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty przez wykonawców gwarantujących prawidłowe wykonanie zamówienia ze względu na posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku działań Zamawiającego Odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie naruszające przepisy zaskarżone elementy SWZ Odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie.

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

## **Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu**

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

## **Wpis od odwołania**

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (dowód w załączeniu).

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymanie systemu teleopieki. Zamówienie udzielane w ramach projektu Kujawsko-Pomorska Teleopieka realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014 - 2020, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Osi Priorytetowej 9. Solidarne społeczeństwo Działanie 9.3 Rozwój usług zdrowotnych i społecznych Poddziałanie 9.3.2 Rozwój usług społecznych. Celem projektu „Kujawsko-Pomorska Teleopieka” jest zorganizowanie systemu opieki z wykorzystaniem nowoczesnych technologii informacyjno-komunikacyjnych, który umożliwi osobom niesamodzielnym jak najdłuższe bezpieczne pozostanie w ich środowisku oraz miejscu zamieszkania. Projekt stanowi odpowiedź na zdiagnozowany problem niskiego poziomu zaspokojenia potrzeb w zakresie pomocy środowiskowej dla niesamodzielnych osób starszych. Kluczowym elementem projektu będzie Telecentrum, które powstanie na terenie województwa kujawsko-pomorskiego, za którego utworzenie i funkcjonowanie będzie odpowiadać Kujawsko-Pomorskie Centrum Kompetencji Cyfrowych Sp. z o. o. w Toruniu. Telecentrum ma zapewniać wszystkim uczestnikom, możliwość całodobowego przekazania informacji o potrzebie wezwania pomocy w przypadku zagrożenia życia, zdrowia lub bezpieczeństwa. Wsparcie w postaci usług teleopiekuńczych otrzyma 3000 uczestników, którzy zostaną wyposażeni bezpłatnie w opaski bezpieczeństwa z przyciskiem SOS i kartą SIM z możliwością całodobowego połączenia głosowego z Telecentrum, w którym pracować będą ratownicy medyczni oraz wykwalifikowani asystenci techniczni teleopieki. W ramach projektu uczestnik dostanie opaskę na nadgarstek, a wciśnięcie przycisku SOS umożliwi natychmiastowe połączenie z telecentrum. Ratownicy medyczni po odebraniu zgłoszenia ocenią stopień zagrożenia i udzielą odpowiedniej pomocy lub wsparcia adekwatnego do wezwania.

Postępowanie prowadzone jest w częściach:

Część 1. Dostawa sprzętu na potrzeby Telecentrum

Część 2. Wdrożenie i uruchomienie systemu Teleopieki

#### **Ad. zarzut nr 1**

W ramach SWZ Zamawiający formułuje następujące zapis dotyczący próbki:

*Część nr 2:*

*Stosownie do treści art. 65 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 106 ustawy Pzp, Zamawiający odstępuje od stosowania formy elektronicznej w postępowaniu w odniesieniu do następujących przedmiotowych środków dowodowych:*

*Wykonawca w celu wykazania spełniania przez oferowane opaski funkcjonalności opisanych w treści załącznika nr 1 do SWZ zobowiązany jest*

*do dostarczenia do Zamawiającego, przed upływem terminu składania ofert próbki opaski. Próbka musi być w pełni skonfigurowana do pracy w systemie wraz z kartą SIM lub E-SIM uruchomiona w środowisku testowym systemu.*

*Próbkę należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, tj. przed dniem 1 marca 2021 r., godz. 10:00.*

*Kopertę/paczkę zawierającą próbkę Wykonawca zobowiązany jest opatrzyć następującym oznaczeniem:*

*„Utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymania systemu teleopieki“ Nie otwierać przed dniem 1 marca 2021 r., godz. 10:15.*

*Wewnątrz opakowania należy umieścić informację dotyczącą oznaczenia Wykonawcy, składającego daną próbkę w postępowaniu.*

ponadto w OPZ dodaje, że:

*6.7. Opaski - 2 113 szt.*

*WT\_137 Zamawiający **zastrzega sobie możliwość przetestowania funkcjonalności pod kątem zgodności ze specyfikacją**, poprzez dostarczenie złożonej w ofercie próbki. Oferowane rozwiązanie musi być gotowe i funkcjonalne na dzień składania ofert. Opaskę należy dostarczyć w pełni skonfigurowaną do pracy w systemie wraz z kartą sim lub e-sim uruchomioną w środowisku testowym systemu.*

Zgodnie z art. 106 ust. 1 PZP: „Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych **na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.**”

Zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu Zamawiający może żądać przedmiotowych środków dowodowych, w tym przypadku dotyczy to próbki, w sytuacji, gdy potwierdzą one, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone przez Zamawiającego wymagania. Odwołujący podnosi, iż w niniejszym postępowaniu żądanie próbki w postaci opaski nie jest w stanie potwierdzić, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ, tym samym nie występują okoliczności uzasadniające żądanie próbki.

Zamawiający wskazał, że wymagane jest dostarczenie opaski skonfigurowanej do działania w środowisku testowym. Natomiast nie wymaga przekazania aplikacji, jak również danych dostępowych do aplikacji. Odwołujący wskazuje, iż samo przekazanie opaski bez przekazania aplikacji, w żaden sposób nie jest w stanie wykazać, że przedmiot zamówienia spełnia określone przez Zamawiającego wymagania.

Tak sformułowane żądanie próbki może prowadzić do sytuacji, w której przykładowo opaska zamiast do oprogramowania telecentrum wysyła dane bądź powiadomienia tylko na specjalny numer telefonu przedstawiciela Wykonawcy – który tylko pozoruje działanie oprogramowania telecentrum.

Zamawiający wskazuje, że będzie testował funkcjonalności opaski w danym środowisku testowym. Dlatego pomimo, że Zamawiający w SWZ mówi tylko o opasce w praktyce Zamawiający wymaga sporządzenie próbki składającej się z zadania dostarczenia opaski ale i udostępnienia odpowiedniego środowiska testowego. Zamawiający w ramach SWZ nie wskazał jak taka próbka ma zostać przygotowana i przekazana do Zamawiającego. Dlatego Odwołujący wskazuje, że o ile w przypadku opaski to zadanie jej fizycznego dostarczenia jest możliwe do realizacji (choć w zasadzie nie wiadomo dokładnie jak ma być zrealizowane), to w przypadku udostępnienia środowiska testowego – pojawia się wiele problemów technicznych związanych z zapewnieniem np. łącza oraz integracją środowiska testowego z centralką telefoniczną – trudnych do zapewnienia i zweryfikowania, a wręcz niemożliwych do wykonania w przypadku większości wykonawców.

Należy też wskazać, że wymagania techniczne co do infrastruktury takiego środowiska testowego, jakie konieczne jest do przeprowadzenia próbki, są znaczące. Dlatego środowisko testowe nie może zostać udostępnione przykładowo na laptopie – ze względu na wymagania sprzętowe jak i konfigurację połączenia (integracja i konfiguracja centralki telefonicznej) – Wykonawca nie może gwarantować, że w infrastrukturze sieciowej Zamawiającego połączenie na linii opaska środowisko testowe będzie działać prawidłowo. Wynika to z faktu, że Wykonawca nie ma możliwości zapewniania i nie może ingerować w konfigurację sieci Zamawiającego. Ponadto Zamawiający nie musi posiadać infrastruktury sieciowej, która pozwoli na zrealizowanie takiego połączenia (takich informacji – czym dysponuje Zamawiający – nie ma w SWZ). Pozostaje jedynie opcja udostępnienia środowiska testowego pod wskazaną przez Wykonawcę domeną, użytkownikiem i hasłem, przy czym, Zamawiający w dokumentacji nie określił czy ten sposób będzie wystarczający. Odwołujący pragnie podkreślić, iż w przypadku udostępnienia próbki w chmurze Wykonawcy, Zamawiający nie ma żadnej gwarancji, że Wykonawcy nie będą nad próbką (aplikacji) pracowali od dnia złożenia oferty i przekazania Zamawiającemu próbki do dnia w którym Zamawiający wyznaczy jej testy. Ponadto możliwa jest ingerencja w sama próbkę na etapie jej prezentacji – w przypadku, gdy wykonawca będzie miał problem z przejściem danego scenariusza, jego programiści mogą swobodnie ingerować w kod oprogramowania bez wiedzy Zamawiającego.

Środowisko testowe stanowi oprogramowanie korzystające z funkcji podsystemów (np. centrala telefoniczna IP), które zintegrowane dostarczają finalną wartość dodaną jego użytkownikowi. Konfiguracja tych rozwiązań stanowi kluczową część wdrożenia i musi być adekwatna do danego Zamawiającego (každorazowo jest indywidualnie dostosowywana) – w zależności od liczby obsługiwanych opasek. Niezwykle ważny

jest też fakt, iż poprawne działanie próbki wymaga zaawansowanej konfiguracji łącza na linii opaska a środowisko testowe. Zestawienie takiego połączenia wymaga wsparcia operatora sieci telekomunikacyjnych (zapewnienia łącza telefonicznego) realizującego połączenie (konfiguracja numerów, zapewnienie abonamentu) – stanowiącego stroną trzecią. W przypadku niedostępności połączenia bądź awarii łącza – nie zostaną wykazane funkcjonalności – co może powodować odrzucenie oferty.

Należy tutaj również wskazać, iż w obecnym brzmieniu SWZ można domniemywać, iż Zamawiający żąda, aby JUŻ NA ETAPIE PRÓBKII został mu de facto dostarczony kompletny przedmiot zamówienia (opaska wraz z skonfigurowaną aplikacją) w terminie 32 dni licząc od publikacji ogłoszenia, a przecież sam w OPZ wyznacza dłuższy termin realizacji przedmiotu umowy, tj. do 1 lipca 2021 r., co przesądza o nieproporcjonalności takiego żądania. Zamawiający musi być świadomy, że w czasie, jaki został wyznaczony na składanie ofert, nie jest możliwe dostarczenie skonfigurowanej aplikacji wraz z opaską.

Odwołujący zwraca uwagę, że wymóg „*Opaskę należy dostarczyć w pełni skonfigurowaną do pracy w systemie wraz z kartą sim lub e-sim uruchomioną w środowisku testowym systemu.*” jest dalece nie precyzyjny, a tym samym nie może stanowić narzędzia do oceny oferty. Wobec tak sformułowanych wymagań Zamawiający praktycznie dowolnie może oceniać składane oferty. Dodatkowo sformułowanie „**zastrzega sobie możliwość przetestowania funkcjonalności**” jest nieostre. Odwołujący nie ma pewności, czy oferty wszystkich wykonawców będą testowane czy tylko wybranych, na jakich zasadach zostaną wybrane oferty do testów. Brak jest w SWZ wskazania czy Zamawiający będzie testował funkcjonalności czy też nie (w SWZ wskazuje, że **zastrzega sobie możliwość**), brak wskazania co konkretnie będzie testował jakie funkcjonalności, brak wskazania jak będzie oceniał testowane funkcjonalności. Taki opis przedmiotu zamówienia stanowi istotne naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP w związku z art. 16 PZP, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również w sposób nie naruszający uczciwej konkurencji.

Zamawiający nigdzie w treści dokumentacji przetargowej nie wskazał zarówno tego jakich scenariuszy wymaga, jaki przyjmuje sposób oceny, jaki jest zakres próbki, w jakich uwarunkowaniach odbędzie się test (w budynku, na zewnątrz), w jakim terminie Zamawiający przeprowadzi testy, czy też jakie konsekwencje niesie ze sobą nie spełnienie wymagań próbki.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że sam będzie testował opaski. W treści SWZ nie zostało określone kto ze strony Zamawiającego będzie przeprowadzał test funkcjonalności. Osoba ta powinna posiadać umiejętności i kwalifikacje ale przede wszystkim dysponować wiedzą na temat dostarczanego środowiska testowego oraz oferowanej opaski (przykładowo: w jakim miejscu znaleźć potwierdzenie działania



danej funkcjonalności). W opinii Odwołującego przedstawiciel Zamawiającego nie jest w stanie pozyskać tej wiedzy bez specjalistycznego szkolenia dostarczonego przez Wykonawcę. Tym samym nie znając ani urządzeń ani systemów różnych Wykonawców składających oferty, bez specjalistycznego szkolenia Wykonawców, nie jest w stanie samodzielnie przeprowadzić badania próbki.

Co więcej, nie wiadomo w jakich okolicznościach miałyby być przeprowadzone badanie przez Zamawiającego. Czy podczas badania próbki będzie obecny Wykonawca? W jaki sposób zostanie powiadomiony o badaniu próbki (z jakim wyprzedzeniem)? Czy w trakcie badania mogą być obecni przedstawiciele konkurencji Wykonawcy? Czy też test będzie przeprowadzany przed komisją? Z ilu osób będzie składać się komisja przeprowadzająca testowanie, jakie będą zasady punktowania, jak procedura znajdzie zastosowanie w przypadku rozbieżnych opinii członków komisji. W obecnym brzmieniu zapisów SWZ jest to niejasne i tworzy przestrzeń do dużej uznaniowości po stronie członków komisji lub przedstawicieli Zamawiającego oceniającego próbkę.

Odwołujący wskazuje, iż z SWZ nie wynika, czy i jak Zamawiający zamierza udowodnić i uargumentować podjęte decyzje w zakresie wykazania bądź nie funkcjonalności ?

Niedopuszczalna jest sytuacja, w której osoba nieposiadająca odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w pracy z konkretnym systemem może próbować wykonywać test próbki, a ryzyko w tym zakresie ponosi Wykonawca (który w dodatku nie będzie miał żadnej wiedzy, w jaki sposób taka próba testu przebiegała).

W przypadku opasek rezultaty testu zależą od wielu aspektów przeprowadzenia testu, temperatura otoczenia, miejsce dokonywanego pomiaru na nadgarstku (ilość pomiarów) czy też dostępność sygnału GSM i/lub GPS. Uwzględnienie uwarunkowań jest kluczowe w przypadku oceny funkcjonalności opaski. W przypadku gdy te aspekty nie są w stanie zagwarantować poprawności testowania to żądanie próbki jest bez zasadne.

Ponadto te uwarunkowania powinny być tożsame dla wszystkich testowanych opasek – załączonych jako próbka do oferty. Co więcej, wobec braku jakichkolwiek reguł, zdaniem Odwołującego Zamawiający nie będzie w stanie uargumentować swojego wyboru zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – co stwarza przestrzeń do wniesienia kolejnych odwołań na ocenę próbki.

Zamawiający jako próbkę systemu powinien badać to, co na etapie ofertowania może dostarczyć Wykonawca, a nie finalny efekt realizacji przedmiotu zamówienia. W obecnym brzmieniu dostarczenie próbki jest obarczone dużym ryzykiem technicznym i proceduralnym dla Wykonawcy ale i Zamawiającego. Dodatkowo, sporządzenie i prezentacja próbki wymaga zaangażowania strony trzeciej – operatora telekomunikacyjnego, co może mieć znaczenie podczas prezentacji próbki. Wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji prezentacji wyników z

jakości świadczenia usług przez operatora telekomunikacyjnego. Stąd w obecnym kształcie próbka nie jest zasadna – bo nie zaprezentuje działania rozwiązania, które Zamawiający przy pomocy próbki chce sprawdzać i weryfikować.

Odwołujący zwraca również uwagę na odmienność regulacji w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorców telekomunikacyjnych za świadczone usługi, wynikających z ustawy Prawo telekomunikacyjne.

**Gdy żądana próbka nie jest w stanie wykazać z przyczyn obiektywnych (w oparciu o zapisy SWZ) spełnienia przez przedmiot zamówienia wymagań Zamawiającego nie ma uzasadnienia dla żądania jej przedłożenia.**

Odwołujący wskazuje, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji – wykonawcy powinni mieć pełną możliwość weryfikacji przed złożeniem oferty, czy określone funkcjonalności zostaną uznane przez Zamawiającego, czy też nie. Natomiast w SWZ brak jest scenariusza próbki.

Zwrócić należy dodatkowo uwagę, że brak scenariusza prezentacji prowadzi do tego, że wymagania funkcjonalne wskazane w Załączniku nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia mogą być realizowane na wiele sposobów (wykonawcy nie są jednoznacznie poinformowani, jak należy skonfigurować środowisko, aby zostało ono uznane za spełniające wymogi SWZ). W związku z powyższym, istnieje wysokie ryzyko, że Zamawiający będzie mieć możliwość arbitralnej, subiektywnej oceny w tym zakresie. Na podstawie bowiem treści SWZ nie sposób ocenić, w jaki dokładnie sposób Zamawiający będzie dokonywał weryfikacji próbki i w jakim dokładnie przypadku wynik weryfikacji będzie pozytywny, a w jakim negatywny. Odwołujący podnosi, że w treści SWZ powinny być określone jasne zasady oceny każdej z funkcjonalności – w przeciwnym przypadku istnieje możliwość dowolnego sterowania wynikiem demonstracji próbek.

Odwołujący nadmienia, iż przekazywanie wykonawcom scenariuszy prezentacji na etapie publikacji dokumentacji nie jest niczym nadzwyczajnym na rynku zamówień publicznych i jest ustalonym standardem przeprowadzania tego typu postępowań **i co istotne powinno mieć miejsce przed złożeniem oferty – poprzez wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia w SWZ**. Brak udostępnienia scenariuszy prowadzi do braku zachowania zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji należy uznać, iż brak zamieszczenia w SWZ precyzyjnych scenariuszy testowych określających sposób weryfikacji przez Zamawiającego oceny próbki (tj. czy dana funkcjonalność została zrealizowana), uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SWZ, a nadto wprowadza wysokie ryzyko odrzucenia ofert Wykonawców, umożliwiając ponadto arbitralną ocenę Zamawiającego funkcjonalności – co ma wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. Zasady oceny ofert powinny być klarowne i przejrzyste dla wszystkich uczestników postępowania.

Zamawiający musi w SWZ określić zasady, na jakich będzie oceniał istnienie funkcjonalności w systemie – w przeciwnym przypadku tylko od woli Zamawiającego będzie zależało, czy dana funkcjonalność zostanie wykazana czy nie. Wskutek braku jakichkolwiek kryteriów oceny funkcjonalności, wykonawcy pozbawieni będą bowiem możliwości zweryfikowania i zakwestionowania decyzji Zamawiającego.

Równocześnie Odwołujący podnosi, że brak wskazania konkretnych funkcjonalności badanych na etapie próbki powoduje, że de facto wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia zobligowany jest więc do dostarczenia do oferty próbki w zakresie całości, co rażąco wpływa na koszty oferty. Na etapie przygotowania i składania ofert wykonawcy nie mają wiedzy, jakie elementy będą podlegały badaniu, tym samym jakie zasoby przygotować na potrzeby tej prezentacji.

Na marginesie można też wskazać, iż brak scenariusza na etapie ogłoszenia SWZ prowadzić będzie do tego, iż Wykonawcy (o ile zdecydują się w takich warunkach złożyć ofertę, biorąc na siebie ryzyko wadliwego SWZ) jeśli nie będą się zgadzać z czynnością badania próbki, będą wnosić odwołanie na taką czynność, co będzie prowadziło do konieczności orzekania Krajowej Izby Odwoławczej o czynności dokonanej, której cofnąć ani powtórzyć de facto nie można.

Takie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami przejrzystości i uczciwej konkurencji, a także równego traktowania wykonawców. Jako że Zamawiający nie wskazał w dokumentacji przetargowej funkcjonalności, jakie powinna posiadać badana próbka, należy założyć, iż Zamawiający wymaga, aby próbka zawierała wszystkie funkcjonalności zawarte w opisie przedmiotu zamówienia – wykonawcy na etapie składania ofert nie są jednak w stanie tego jednoznacznie potwierdzić, które funkcjonalności zostaną wytypowane.

Poprzez brak wprowadzenia do treści SWZ szczegółowych informacji dotyczących funkcjonalności zawartych w dostarczanej Zamawiającemu próbce, wykonawcy nie są w stanie stwierdzić, co konkretnie powinna zawierać próbka, co wpływa na podjęcie decyzji o złożeniu oferty w toku postępowania, bowiem koszt przygotowania może być skrajnie różny. W ocenie Odwołującego, wskutek braku wskazania przez Zamawiającego funkcjonalności, które powinna zawierać prezentowana próbka, w niniejszym stanie faktycznym doszło naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na brak doprecyzowania zakresu weryfikowanego na próbce w toku prezentacji, prace przygotowawcze podejmowane przez wykonawców, a także koszt i czas przygotowania oferty mogą być istotnie różne.

Zamawiający całkowicie zaniechał również wskazania informacji w przedmiocie zasad i sposobu oceny wykazania bądź niewykazania funkcjonalności podczas prezentacji, nie wskazał ewentualnego sposobu punktacji. Wskutek tak sformułowanych postanowień SWZ dla wykonawców niezrozumiałe są zasady, jakimi będzie kierował się Zamawiający podczas dokonywania oceny istnienia określonych funkcjonalności,

co w szczególności uniemożliwia Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SWZ, co również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego, brak wskazania przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny treści, jakie mają zaprezentować wykonawcy w trakcie demonstracji, a także brak wskazania konkretnych funkcjonalności mających podlegać sprawdzeniu, uniemożliwia wykonawcom właściwe przygotowanie się do przedmiotowej prezentacji, jak również podjęcie decyzji związanych z przygotowaniem oferty, w tym w szczególności wobec prezentowania określonych funkcjonalności, które potencjalnie mogą podlegać weryfikacji w ramach „prezentacji” i które mogą skutkować odrzuceniem oferty w przypadku braku możliwości ich zaprezentowania. Odwołujący wskazuje, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone z zachowaniem zasad przejrzystości – wykonawcy powinni mieć pełną możliwość weryfikacji przed złożeniem oferty, czy określone funkcjonalności zostaną uznane przez Zamawiającego za istniejące, czy też nie, w trakcie badania, istnieje wysokie ryzyko, że Zamawiający będzie mieć możliwość arbitralnej, subiektywnej oceny, czy dana funkcjonalność zawarta w próbce spełnia zdefiniowane wymaganie, czy też nie.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzuca wymaganie przedłożenia próbki jako niezasadne w świetle przepisów PZP. Ponadto zarzuca opisanie wymagań w zakresie próbki w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz opisanie w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, w szczególności bez podania szczegółowego scenariusza weryfikacji próbki w zakresie funkcjonalności jakich zaprezentowania będzie wymagał Zamawiający, co utrudnia wykonawcy określenie jakie są wymagania Zamawiającego, natomiast zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych wykonawcy na etapie składania ofert powinni mieć wiedzę, które funkcjonalności będą przez Zamawiającego badane w trakcie prezentacji próbki, a które nie.

Odwołujący wskazuje również, iż zapis rodzi nadmierne i zupełnie niepotrzebne ryzyko, iż różni Wykonawcy będą mieli do zaprezentowania różne funkcjonalności podczas prezentacji, co wprost narusza zasadę uczciwego traktowania Wykonawców. W ocenie Odwołującego, skutek wymuszenia na Wykonawcach przygotowania próbki z zakresu wszystkich funkcjonalności przywoływanych w treści SWZ w niniejszym stanie faktycznym doszło naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

SWZ powinien zawierać szczegółowe informacje, jakie funkcjonalności będą badane. Zasady oceny ofert powinny być jednoznaczne i przejrzyste dla wszystkich uczestników postępowania.

Zgodnie z orzecznictwem: *Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyroku*

z dnia 30 kwietnia 2014 r., KIO 738/14 (zachowującym swoją aktualność w obecnym stanie prawnym), Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający powinien tak opisać przedmiot zamówienia (w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty), aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaką mogą złożyć ofertę, aby spełniać te wymogi, jaki produkt i o jakich parametrach będzie zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Ponadto istotne jest stanowisko w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2019 r. (KIO 2520/19) gdzie wskazano, że *Zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby na etapie oceny ofert określać sposób/ metodologię oceny ofert (w tym przypadku - próbek nagrań), jeśli wytyczne takie nie zostały jednoznacznie sformułowane w treści SIWZ. Przyjęcie tezy przeciwnej skutkowałoby bowiem wprost naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

Wykonawcy powinni mieć pełną wiedzę na temat tego co konkretnie powinna zawierać próbka (co wpływa na podjęcie decyzji o złożeniu oferty w toku postępowania) na etapie składania ofert.

Ponadto żądanie przedłożenia próbki w zakresie 100% funkcjonalności wymaganych w SWZ wykracza poza uprawnienia wynikające z przepisów ustawy PZP, które pozwalają zamawiającemu domagać się przedstawienia próbki. Zgodnie zaś ze słownikowym rozumieniem próbki jest nią "mała porcja czegoś". Nie sposób zaś uznać za próbkę całość przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzuca, że żądanie Zamawiającego w istocie sprowadza się do spełnienia świadczenia w chwili składania oferty. Wobec powyższego żądanie Zamawiającego w zakresie próbki o tak ustalonej treści jest za daleko idące, sprowadza się w istocie do dysponowania przez wykonawcę przedmiotem świadczenia, (co najmniej w części), przed zawarciem umowy.

## **Żądanie:**

### **1. Usunięcie zapisów:**

*Część nr 2:*

*Stosownie do treści art. 65 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 106 ustawy Pzp, Zamawiający odstępuje od stosowania formy elektronicznej w postępowaniu w odniesieniu do następujących przedmiotowych środków dowodowych:*

*Wykonawca w celu wykazania spełniania przez oferowane opaski funkcjonalności opisanych w treści załącznika nr 1 do SWZ zobowiązany jest do dostarczenia do Zamawiającego, przed upływem terminu składania ofert próbki opaski. Próbka musi być w pełni skonfigurowana do pracy w systemie wraz z kartą SIM lub E-SIM uruchomiona w środowisku testowym systemu.*

*Próbkę należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, tj. przed dniem 1 marca 2021 r., godz. 10:00.*

Kopertę/paczkę zawierającą próbkę Wykonawca zobowiązany jest opatrzyć następującym oznaczeniem:

*„Utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymania systemu teleopieki“  
Nie otwierać przed dniem 1 marca 2021 r., godz. 10:15.*

*Wewnątrz opakowania należy umieścić informację dotyczącą oznaczenia Wykonawcy, składającego daną próbkę w postępowaniu.*

ponadto w OPZ dodaje, że:

6.7. Opaski - 2 113 szt.

*WT\_137 Zamawiający zastrzega sobie możliwość przetestowania funkcjonalności pod kątem zgodności ze specyfikacją, poprzez dostarczenie złożonej w ofercie próbki. Oferowane rozwiązanie musi być gotowe i funkcjonalne na dzień składania ofert. Opaskę należy dostarczyć w pełni skonfigurowaną do pracy w systemie wraz z kartą sim lub e-sim uruchomioną w środowisku testowym systemu.*

lub

- 2. Przygotowanie i przekazanie wykonawcom w ramach SWZ jednego dla wszystkich scenariusza/scenariuszy testowych wskazujących, jak dana funkcjonalność opaski będzie badana i w jaki sposób będzie to weryfikowane przez Zamawiającego – wraz ze wskazaniem regulaminu przeprowadzenia testów przez Wykonawcę. Wskazanie, że środowisko testowe dla opaski ma zostać dostarczone pod wskazaną przez Wykonawcę domeną, użytkownikiem i hasłem.**

#### **Ad. zarzut nr 2**

#### **Brak uwzględniania w SLA kwestii dostępności usług operatorów telefonii komórkowej**

Zamawiający w punkcie 6.9 Załącznika nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia, formułuje wymaganie: *„Aplikacja ma zapewniać możliwość działania Telecentrum w zakresie obsługi urządzeń Opasek przez 24h/7 z gwarancją SLA 99,99% w skali roku”.*

Natomiast w punkcie 6.10 dodaje, że: *„Możliwe wyposażenie ratowników w zapasowe telefony GSM, które wraz z aplikacją mobilną mogą zastąpić telefon sprzętowy w trybie pracy zdalnej konsultanta (voice po GSM ma być alternatywnym instrumentem odbierania połączeń alarmowych od Użytkowników urządzeń do teleopieki (pkt 2) kierowanych przez system zapasowy. Alternatywa na wypadek „covid lockdown”.*

Ponadto we wzorze umowy załącznik nr 4.2 do SWZ w § 1 ust. 6 lit. c Zamawiający wymaga:

*dostarczenia i wdrożenia w pełni funkcjonalnego i przetestowanego na dzień składania oferty systemu informatycznego – Aplikacji – na potrzeby funkcjonowania Kujawsko Pomorskiego Telecentrum. Aplikacja ma zapewniać możliwość działania Telecentrum w zakresie obsługi urządzeń Opasek przez 24h/7 z gwarancją SLA 99,99% w skali roku Czas reakcji na zgłoszenie musi wynosić do 15 minut.*

Odwołujący zwraca uwagę, że założenie tak wysokiej dostępności systemu, nawet przy wykorzystaniu zdublowanych łączy SIP (jak w wymaganiu WT\_195) nie daje gwarancji odebrania połączenia w przypadku awarii po stronie operatora telekomunikacyjnego. Awaria po stronie operatora powoduje również brak możliwości przekierowania połączeń na telefony komórkowe, jako że operacja taka wykonywana jest po stronie operatora telekomunikacyjnego. Wykonawca nie ma możliwości przygotowania takiej infrastruktury zapewniającej wymagane parametry SLA.

Nawet w przypadku gdy to ten sam operator telekomunikacyjny miałby obsługiwać telefony komórkowe Zamawiającego jak i łączy SIP, w przypadku awarii operatora nie byłoby możliwości realizacji scenariusza alternatywnego.

Zamawiający formułuje wymagania co do hostingu, aplikacji, czy też centrali telefonicznej ale w przypadku awarii bądź pracy zdalnej operatorów telecentrum – nie wprowadza do zapisów OPZ żadnego wyłączenia z tytułu niedostępności łączy operatorów.

Odwołujący zwraca również uwagę na odmiennosc regulacji w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wynikających z ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Odwołujący ponosi równocześnie, że zapisy wzoru umowy załącznik nr 4.2 do SWZ wskazują, że w § 9 ust. 1 pkt 3 Zamawiający wskazał: *Zamawiający może rozwiązać niniejszą umowę w trybie natychmiastowym w przypadku, gdy: 3) Wykonawca nie zrealizował usługi będącej przedmiotem umowy w terminie określonym w umowie, zaprzestał realizacji usługi lub realizuje ją w sposób niezgodny z niniejszą umową.*

Opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do umowy, tym samym brak realizacji wymagań w nim określonych może być uznany za brak realizacji usług w sposób zgodny z umową. Natomiast zapisy § 8 umowy dają Zamawiającemu prawo nakładania na wykonawcę kar umownych w przypadku odstąpienia od części umowy przez którąkolwiek ze stron, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a za takie przyczyny może uznać Zamawiający brak spełnienia wymagań wskazanych na wstępie.

Odwołujący wskazuje, że przyjmuje się co prawda, że zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Orzecznictwo i doktryna stoi jednak na stanowisku, że z uwagi na ograniczenie swobody umów w tym zakresie z uwagi na art. 56 k.c., zgodnie z którym czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej

wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, jak również z uwagi na art. 353<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którym swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego strony nie mogą przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do ponoszenia odpowiedzialności, za okoliczności na które nie ma wpływu.

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

W orzecznictwie KIO (zachowującym swoją aktualność) wyrażone zostały stanowiska potwierdzające powyższe. W wyroku KIO z dnia z dnia 18 maja 2015 roku (KIO 897/15) wskazano, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężających na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.

Z uwagi na powyższe wymóg w zakresie gwarancji tak wysokiej dostępności systemu, w przypadku gdy nawet przy wykorzystaniu zdublowanych łączy SIP (jak w wymaganiu WT\_195) nie daje gwarancji odebrania połączenia w przypadku awarii po stronie operatora telekomunikacyjnego, co może wiązać się z odpowiedzialnością wykonawcy za zgodną z umową realizację usług - sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego (rzetelność i uczciwość w stosunkach handlowych), pozwalając obciążać Wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, które nie są od niego zależne.

W konsekwencji przedmiotowe zapisy naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obciążając Wykonawcę koniecznością kalkulowania ryzyk, które nie są zależne od Wykonawcy, co może prowadzić do ustalenia warunków złożenia oferty obarczonych ryzykiem uniemożliwiającym kalkulację, a tym samym powodować, że składane oferty będą ofertami nieporównywalnymi.

#### **Żądanie:**

- 1. Odwołujący wnosi o modyfikacje zapisów uwzględniającą przypadek awarii operatora sieci komórkowej na wypadek "covid lockdown" - świadczenie usług przez Wykonawcę uzależnione jest wtedy od strony trzeciej –na następujące zapisy:**



*„Aplikacja ma zapewniać możliwość działania Telecentrum w zakresie obsługi urzędzeń Opasek przez 24h/7 z gwarancją SLA 99,99% w skali roku. Wskazane parametry SLA nie będą wymagane w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy”.*

#### 6.10 Centrala telefoniczna

[...]

*„Możliwe wyposażenie ratowników w zapasowe telefony GSM, które wraz z aplikacją mobilną mogą zastąpić telefon sprzętowy w trybie pracy zdalnej konsultanta (voice po GSM ma być alternatywnym instrumentem odbierania połączeń alarmowych od Użytkowników urzędzeń do teleopieki (pkt 2) kierowanych przez system zapasowy. Alternatywa na wypadek „covid lockdown”. Parametry SLA w zakresie obsługi urzędzeń Opasek przez 24h/7 z gwarancją SLA 99,99% w skali roku nie będą wymagane.*

wzór umowy załącznik nr 4.2 do SWZ w § 1 ust. 6 lit. c:

*dostarczenia i wdrożenia w pełni funkcjonalnego i przetestowanego na dzień składania oferty systemu informatycznego – Aplikacji – na potrzeby funkcjonowania Kujawsko Pomorskiego Telecentrum. Aplikacja ma zapewniać możliwość działania Telecentrum w zakresie obsługi urzędzeń Opasek przez 24h/7 z gwarancją SLA 99,99% w skali roku Czas reakcji na zgłoszenie musi wynosić do 15 minut. Wskazane parametry SLA nie będą wymagane w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy”.*

### **Ad zarzut nr 3**

#### **W SWZ Warunki udziału w postępowaniu Część 2. Wdrożenie i uruchomienie systemu Teleopieki**

W SWZ Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy:

I. Warunek dotyczący doświadczenia Wykonawcy: *W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje 2 (dwie) usługi polegające na dostawie i min. 2000 opasek do monitorowania osób wraz z wdrożeniem systemu do Teleopieki oraz integracją oprogramowania z centralą telefoniczną IP. Łączna wartość usług wskazanych w wykazie winna być nie mniejsza niż 2 000 0000 zł brutto. Jednocześnie Wykonawca jest zobowiązany do podania wartości wykonanych dostaw, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz przedstawienia dowodów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

Wykonawca wskazuje, że rynek usług teleopiekuńczych, w tym usług świadczonych w projektach realizowanych przez jednostki sektora finansów publicznych, w tym samorządu terytorialnego oraz podmioty medyczne opiera się o projekty realizowane w modelu usługowym, w którym monitorowanie podopiecznych realizowane jest przez wykonawców, którzy dostarczyli w wykonaniu zamówienia bransoletki lub inne urządzenia służące do teleopieki. Wg najlepszej wiedzy Wykonawcy, który będąc podmiotem medycznym jest wiodącym dostawcą usług zdalnej teleopieki realizowanych za pomocą systemu informatycznego, nie tylko w Polsce ale i w Europie, wynika, że w ostatnich trzech latach nie były na polskim rynku realizowane tak duże zamówienia polegające na jednoczesnej dostawie urządzeń do monitorowania wraz z systemem teleopieki. Największa tego typu inwestycja realizowana w kraju przez Stowarzyszenie Europejski Instytut Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Suchej Beskidzkiej podzielona była na części, a co za tym idzie dostawy urządzeń do monitorowania oraz systemu do teleopieki były realizowane jako oddzielne zamówienia.

Również w dużym projekcie, realizowanym w formule partnerskiej przez Miasto Łódź, urządzenia do świadczenia usług teleopieki (bransoletki) były kupowane w ramach odrębnego zamówienia. Wykonawca tym samym wskazuje, iż tak postawione warunki udziału w postępowaniu wykluczają z postępowania podmioty, które niewątpliwie posiadają zarówno wiedzę jak i doświadczenia odpowiednie do realizacji zamówienia. W konsekwencji Zamawiający w taki sposób kształtując warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej rażąco naruszył art. 16, ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również art. 112 ustawy Prawo zamówień publicznych zgodnie z dyspozycją, którego Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale **również umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.**

Tak postawiony warunek udziału w postępowaniu może doprowadzić do skutku w postaci braku możliwości zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast zgodnie z orzecznictwem KIO zasada proporcjonalności w opisie warunków udziału w postępowaniu powinna przejawiać się w tym, że nie powinny one ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Nie można stawiać warunków tak wygórowanych, że nie jest w stanie spełnić ich praktycznie żaden potencjalny wykonawca, mogący z sukcesem zrealizować przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę należyta weryfikację zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, a jednocześnie dla zachowania wymaganej ustawą konkurencyjności postępowania, zasadna jest modyfikacja przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, tak aby możliwe było złożenie oferty przez wykonawców, którzy mają w swoim portfolio wiele z sukcesem zrealizowanych projektów w przedmiocie teleopieki, jak również w przedmiocie dostawy infrastruktury

hardware i software do monitorowania oraz indywidualnych urządzeń do teleopieki realizowanych w ramach odrębnych zamówień.

Wymagania w zakresie łącznego wykazania się projektami w przedmiocie dostawy urządzeń oraz systemu informatycznego do Teleopieki nie jest niczym uzasadnione. Przykładowo Wykonawca zrealizował projekt, w którym dostarczył kompletną infrastrukturę hardware i software do monitorowania wraz z indywidualnymi urządzeniami do teleopieki dla 5000 jednoczesnych podopiecznych co po wielokroć przekracza ilość podopiecznych, których zamierza monitorować Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Wykonawca – zgodnie z trendem obecnym na europejskim rynku - ma w swoim portfolio kilkadziesiąt zrealizowanych z sukcesem na rynku polskim i zagranicznym zamówień polegających na dostarczeniu indywidualnych urządzeń do teleopieki (bransoletki) oraz telemedycyny, a także świadczeniu usługi ich monitorowania za pomocą własnego centrum monitoringu wykorzystującego system informatyczny posiadający status wyrobu medycznego.

Powyższe uzasadnienia stanowią stanowisko, że taki wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do zrealizowania projektu, którego dotyczy niniejsze postępowanie, a postawiony przez Zamawiającego warunek nie służy wyłonieniu wykonawcy gwarantującego wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, a jedynie ogranicza konkurencję.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotowy warunek ustanowiony został nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i ograniczając konkurencję.

#### **Żądanie:**

##### **1. Odwołujący wnosi o modyfikację warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego rozdziale IX Część 2 pkt 1 lit c) SWZ poprzez nadanie brzmienia:**

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje:

- *Minimum 2 (dwie) dostawy o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto, polegające na łącznej dostawie min. 2 000 opasek do monitorowania osób.*
- *Minimum 2 (dwie) usługi polegające na wdrożeniu systemu do Teleopieki w tym przynajmniej jedna usługa polegała na wdrożeniu systemu do Teleopieki wraz z integracją oprogramowania z centralą telefoniczną IP, o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto.*

Jednocześnie Wykonawca jest zobowiązany do podania wartości wykonanych dostaw, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz przedstawienia dowodów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

#### **Ad. Zarzut nr 4**

Zamawiający wskazuje w SWZ:

##### *Część 2*

*Zamawiający wymaga wykonania zamówienia w terminie 30 miesięcy od dnia podpisania umowy, nie później niż do dnia 30.06.2023 r.*

*W tym dostawa opasek wraz z kartami SIM:*

*Zamawiający **dopuszcza** możliwość dostarczenia opasek w dwóch partiach następująco:*

*1. Pierwsza partia - w terminie 15 dni od dnia zawarcia umowy i w ilości nie mniejszej niż 1100 szt.,*

*2. Druga partia - nie później niż do końca drugiego kwartału.*

*Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia urządzeń do siedziby Zamawiającego, po wcześniejszym poinformowaniu Zamawiającego o planowanej dacie dostawy na co najmniej 3 dni przed planowaną datą dostawy (dotyczy każdej partii).*

*b. dostarczenie wirtualnej centrali telefonicznej wraz z zestawieniem łącz, zestawienia połączeń sieciowych, dostawy i uruchomienia telefonów systemowych IP na potrzeby telecentrum w ilości 8 szt., dostawy słuchawek nagłownych z mikrofonami do obsługi telefonów systemowych z redukcją szumów w ilości 16 szt., zintegrowania centrali z Aplikacją, przeszkolenie osób wskazanych przez Zamawiającego w zakresie obsługi Aplikacji i funkcjonowania Telecentrum, dostarczenie gotowych procedur i instrukcji użytkowania i funkcjonowania Aplikacji **nie później niż do dnia 01.07.2021 r.***

Ponadto w Załączniku nr 4.2 wzór umowy Zamawiający wskazuje:

##### *§ 2 Termin i miejsce realizacji przedmiotu umowy*

*1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy następująco:*  
*a. Zamawiający wymaga wykonania zamówienia w terminie 26 miesięcy od dnia podpisania umowy, nie później niż do dnia 30.06.2023 r. W tym dostawa opasek wraz z kartami SIM: Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia opasek w dwóch partiach następująco:*

*1) W terminie 15 dni od dnia zawarcia umowy i w ilości nie mniejszej niż 1100szt.,*

*2) Nie później niż do końca drugiego kwartału.*

Odwołujący wskazuje, że wymagany przez Zamawiającego termin dostawy pierwszej partii w wymiarze 15 dni kalendarzowych stanowi ponadwymiarowe wymaganie.

W praktyce rynkowej, by zrealizować wymagany termin, Wykonawca jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty powinien posiadać i magazynować opaski co najmniej w wymaganej liczbie – co stanowi czynnik kosztotwórczy – który sztucznie podraża koszty oferty i naraża też wszystkich potencjalnych wykonawców na poniesienie straty – w przypadku przegranej w postępowaniu. Możliwość ofertowania opasek w cenie rynkowej wymaga optymalizacji łańcucha dostaw, co oznacza wykorzystanie standardowych czasów dostaw.

Przy tak krótkim terminie Zamawiający przerzuca w całości na wykonawcę ryzyka w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, a przyjmując małe szanse na jego dotrzymanie, doprowadza do naruszenia granic w zakresie swobody kontraktowania.

Co więcej, biorąc pod uwagę wskazany harmonogram – pierwsi użytkownicy opasek zaczną korzystać z systemu Telecentrum nie później niż do dnia 01.07.2021, tym samym termin wskazany przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia **(opaski będą bezużyteczne bez podłączenia ich do systemu Telecentrum)**.

Odwołujący podnosi zatem, że termin na wykonanie zamówienia został ustanowiony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Zdaniem Odwołującego ustalony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia powinien być wystarczająco długi, aby wykonawcy mieli realny czas na wytworzenie i dostarczenie przedmiotu zamówienia, nie może natomiast służyć do faworyzowania jednych i co się z tym wiąże dyskryminowania pozostałych wykonawców, czego Zamawiający dokonuje, zdaniem Odwołującego, wprowadzając takie zapisy. Drastyczne skrócenie terminu dostawy pierwszej partii budzi uzasadnione obawy o realność wykonania przedmiotu zamówienia w takim czasie, a tym samym wątpliwości w zakresie bezstronności Zamawiającego, gdyż może sugerować, iż poprzez określenie zbyt krótkiego terminu realizacji Zamawiający preferuje któregoś z wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że wykonanie zamówienia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie może w istocie być niemożliwe. Orzecznictwo KIO wskazuje, iż określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad PZP tj. uczciwej konkurencji.

Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z [art. 353<sup>1</sup>](#) Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Granica swobody umowy zakreślona została również przez zasady współżycia społecznego tj. m.in. równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Zdaniem Odwołującego granica ta została naruszona

w przedmiotowej sprawie, a Zamawiający, narzucając tak krótki termin na wykonanie zamówienia przerzuca w całości na wykonawcę ryzyka ewentualnych opóźnień w realizacji przedmiotu zamówienia.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że „Określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z koniecznych elementów SIWZ. Termin taki powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny. Odwołujący pragnie wskazać na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (zachowujący aktualność w obecnym stanie prawnym) z dnia 25 lipca 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 1365/18, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„Wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, w tym ustalenia terminu jego realizacji, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji, w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy.”*

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić należy, iż termin realizacji zamówienia (pierwsza partia) określony przez Zamawiającego jest terminem niemożliwym do dotrzymania.

Ponadto Odwołujący wskazuje, iż zapisy SWZ i wzoru umowy mówią:

*Zamawiający **dopuszcza** możliwość dostarczenia opasek w dwóch partiach następująco (...)*

Brak jest wskazania, co Zamawiający rozumie poprzez wskazany powyżej zapis, jeżeli dopuszcza możliwość w dwóch partiach, to jaka jest inna możliwość i w jakich terminach?

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym zakresie opis przedmiotu zamówienia nie jest zgodny z dyspozycją art. 99 ust. 1 i 4 PZP, w związku z art. 16 PZP, zgodnie z którym przedmiot zamówienia winien zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również w sposób który nie utrudnia uczciwej konkurencji.

## **Żądanie**

- 1. Odwołujący wnosi o modyfikację zapisu poprzez wydłużenie terminu na dostawę pierwszej partii opasek wraz z kartami SIM do 30 dni kalendarzowych licząc od daty podpisania umowy, zgodnie z treścią:**

*Pierwsza partia - w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy i w ilości nie mniejszej niż 1100szt.,*


- 2. Odwołujący wnosi o zdefiniowanie w ramach OPZ co rozumie Zamawiający przez pojęcie „dopuszcza możliwość”. Jeżeli jest to wymóg fakultatywny to Wykonawca prosi o wskazanie jaka jest inna możliwość dostawy i w jakim terminie.**

## PODSUMOWANIE

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

Z poważaniem,

Aneta  
Katarzyna  
Szulim



Elektronicznie  
podpisany przez Aneta  
Katarzyna Szulim  
Data: 2021.02.05  
15:24:54 +01'00'

### Załączniki:

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