

Warszawa, 4 października 2021

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

**Odwołujący:**

**Atende Medica Sp. z o.o.**

Al. Wilanowska 313  
02-665 Warszawa  
KRS 0000163344

reprezentowany przez:

radcę prawnego Monikę Szarafińską – Zajdowicz  
adres do korespondencji jak dla Odwołującego  
tel. 505 434 803  
e-mail: [mszarafinska@slalegal.pl](mailto:mszarafinska@slalegal.pl)

**Zamawiający:**

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej  
Ul. Armii Krajowej 2/4  
05-800 Pruszków  
e-mail: [zamowienia@szpitalnawrzesinie.pl](mailto:zamowienia@szpitalnawrzesinie.pl)  
adres strony internetowej: [www.szpitalnawrzesinie.pl](http://www.szpitalnawrzesinie.pl)  
tel. 22 758 63 78

ogłoszenie:

Dotyczy postępowania dla zamówienia w trybie podstawowym na „Dostawę, instalację i wdrożenie oprogramowania administracyjnego i medycznego” nr postępowania ZP.272.16.2021 (dalej „Postępowanie”)

Odwołanie

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa (w załączeniu) na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) (dalej: „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień

Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) wraz z załącznikami, w tym projektowanych postanowień umowy (dalej jako: „Umowa”) w sposób sprzeczny z ustawą Pzp. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

### **1. Zarzut nr 1 pkt 1 i 2**

naruszenie art. 112 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie opisanym w części XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze oraz ppkt 2 tiret pierwsze SWZ w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym, a także w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co powoduje ograniczenie możliwości udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy mają kompetencje i doświadczenie wystarczające dla ubiegania się o realizację przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie dokonania modyfikacji ogłoszenia i SWZ w sposób następujący:

a) w zakresie Zarzutu nr 1. 1

– zmiany zapisu w części XXI SWZ pkt 3 ppkt 1) tiret pierwsze i wprowadzenie w miejsce dotychczasowego, nowego zapisu w brzmieniu:

*„- co najmniej dwie usługi wdrożenia systemu dla podmiotu leczniczego o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto każda, polegającej na wdrożeniu systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada w swoich strukturach oddziały szpitalne oraz poradnie przyszpitalne. Każda z usług dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania do obsługi procesów leczniczych i obiegu dokumentacji medycznej, dostawę oprogramowania obejmującego e-usługi oraz instruktaż lub szkolenia z systemu informatycznego;”*

względnie

- rozdzielenie w zakresie dotychczasowego wymagania doświadczenia dotyczącego wdrożenia rozwiązania w chmurze obliczeniowej, jako odrębnego doświadczenia (odrębna usługa lub umowa), do którego nie mają zastosowania wartość, ilość oddziałów oraz wielość lokalizacji oraz

- doprecyzowanie wymagania dotyczącego dwóch usług wdrożenia dla podmiotu leczniczego w zakresie dwóch lokalizacji poprzez wskazanie co Zamawiający uzna za dwie odrębne lokalizacje w ramach usługi wdrożenia systemu informatycznego;

b) w zakresie Zarzutu nr 1.2

- zmiany zapisu w części XXI SWZ pkt 3 ppkt 1) tiret pierwsze i wprowadzenie w miejsce dotychczasowego, nowego zapisu w brzmieniu:

*„- Kierownik Projektu (1 osoba), - osoba posiadająca wykształcenie wyższe, certyfikat z zakresu zarządzania projektami PRINCE2 Practitioner lub równoważny (np.: IPMA CPM, PMI PMP), posiadająca doświadczenie zawodowe rozumiane jako kierowanie co najmniej 5*

projektami informatycznymi o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każdy (np. w roli kierownika projektu lub zastępcy kierownika) z czego co najmniej dwoma projektami informatycznymi o wartości min. 500 000,00 zł brutto każdy, polegającymi na wdrożeniu systemu informatycznego dla podmiotu leczniczego obejmującymi dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania w tym oprogramowania udostępniającego e-usługi.”

## **2. Zarzut nr 2**

Naruszenie art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 387 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez wyznaczenie terminu wykonania umowy w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużyć własnego prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego, poprzez ustalenie niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania zamówienia, a także

- naruszenie art. 436 pkt 1 Pzp poprzez określenie planowanego terminu realizacji przedmiotu umowy w konkretnej dacie, a nie w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, a podanie terminu w konkretnej dacie nie jest uzasadnione żadną obiektywną przyczyną,

- naruszenie art. 432 w zw. z art. 7 pkt 25 Pzp przez wymóg realizacji przedmiotu zamówienia przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego,

a w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej

- naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert;

Niniejszy Zarzut dotyczy postanowień:

- § 3 ust. 1 lit. a) umowy

- § 3 ust. 5 lit. g) umowy

- § 3 ust. 12 umowy

- § 3 ust. 17 umowy

- § 4 ust. 1 umowy.

W związku z powyższym w zakresie Zarzutu nr 2 Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

- doprecyzowanie w § 3 ust. 1 lit a) umowy zapisu poprzez wskazanie zakresu analizy przedwdrożeniowej z uwzględnieniem analizy infrastruktury Zamawiającego oraz zasad migracji baz danych, a także udostępnienie infrastruktury Zamawiającego na jakiej ma być zainstalowany System jeszcze przed złożeniem ofert;

- dookreślenie zasad współpracy z producentem lub autoryzowanym przedstawicielem producenta oprogramowania osób trzecich z którego korzysta Zamawiający, dla przeprowadzenia przez Wykonawcę określonej w Umowie migracji danych z aktualnie użytkowanego oprogramowania medycznego i administracyjnego Systemu w zakresie uzgodnionym z Wykonawcą, w tym zapewnienie przez Zamawiającego, że taka współpraca

odbędzie się nieodpłatnie dla wykonawcy, a także wskazanie wszelkich zobowiązań które wykonawca winien dochować, by otrzymać dostęp do takiego oprogramowania;

- wykreślenie zdania drugiego w § 3 ust. 12 umowy;
- wykreślenie § 3 ust. 17 umowy;
- zmianę § 4 ust. 1 poprzez ustalenie terminu realizacji umowy w dniach, tygodniach lub miesiącach liczonych od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym, zgodnie z szacunkami Odwołującego, realizacja umowy nie powinna być krótsza aniżeli 6 miesięcy.

### **3. Zarzut nr 3**

Naruszenie art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 387 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron w następującym zakresie postanowień:

- § 1 ust. 1 pkt 3 umowy
- § 6 ust. 2 pkt 1 i 2 umowy
- § 6 ust. 3 umowy

W związku z powyższym w zakresie Zarzutu nr 3 Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

- w miejsce dotychczasowego zapisu § 1 ust. 1 pkt 3 wprowadzić nowy w brzmieniu następującym:

„3) Oprogramowanie lub System - jest to oprogramowanie oferowane, jako produkt gotowy o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego nie wymagający podczas jego dostawy oraz wdrożenia zmian w kodzie źródłowym, dostarczone w ramach realizacji niniejszego przedmiotu Umowy obejmujące funkcjonalności, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej również „OPZ”). Wykonawca udziela na to oprogramowanie, system licencji lub zapewnia jej udzielenie przez jego producenta i dokonuje podczas dostawy instalacji oraz konfiguracji, co umożliwi jego zoptymalizowanie do organizacji oraz potrzeb Zamawiającego w zakresie opisanym w OPZ;”

- w miejsce dotychczasowego zapisu § 6 ust. 2 pkt 1 i 2 wprowadzić nowy w brzmieniu następującym:

„2. Wykonawca oświadcza, że:

1) wszelkie prawa do Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu, w szczególności prawa autorskie i prawa własności przemysłowej należą wyłącznie do Wykonawcy lub Wykonawca posiada prawo do dysponowania nimi w tym do udzielania licencji lub dalszej licencji lub Wykonawca zapewni udzielenie licencji przez producenta Systemu;

2) wszelkie prawa do nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zmian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu będą przysługiwały Wykonawcy lub

Wykonawca będzie posiadał prawo do dysponowania nimi lub Wykonawca zapewni udzielenie licencji przez producenta Systemu.”

- w miejsce dotychczasowego zapisu § 6 ust. 3 wprowadzić nowy w brzmieniu następującym: „3. Wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego określonego w §10 Umowy, udziela Zamawiającemu licencji lub sublicencji do Systemu albo zapewnia udzielenie licencji przez producenta Systemu, na polach eksploatacji ustalonych przez producenta Systemu, z tym zastrzeżeniem, że o ile producent nie zastrzegł inaczej w warunkach licencji:

1. korzystanie z wszystkich funkcjonalności Systemu, wszystkich funkcjonalności poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu bez ponoszenia dodatkowych opłat oraz bez jakichkolwiek ograniczeń;
2. instalowanie, deinstalowanie, z wielokrotnianie, uruchamianie, odtwarzanie, wyświetlanie, przechowywanie, stosowanie Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu oraz oprogramowania Systemu w zakresie nieodzownych elementów jego użytkowania, w tym z jego archiwizacją;
3. korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zamian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie gwarancji;
4. sporządzania kopii zapasowych Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu;
5. wprowadzanie i zapisywanie w pamięci komputerów, odtwarzanie, wyświetlanie, stosowanie Systemu, sporządzanie kopii zapasowej (kopii bezpieczeństwa) nośników instalacyjnych i nośników z zainstalowanym oprogramowaniem, przystosowywanie, korzystanie z produktów powstałych w wyniku eksploatacji Systemu przez Zamawiającego, w szczególności danych, raportów, zestawień oraz innych dokumentów kreowanych w ramach tej eksploatacji oraz modyfikowania tych produktów i dalszego z nich korzystania.”

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

Naruszenie art. 99 ust. 2 Pzp w związku z art. 16 Pzp przez poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, tj. poprzez umożliwienie złożenia oferty tylko przez podmiot dysponujący Systemem posiadającym jedną i tę samą bazę danych dla części medycznej i administracyjnej Systemu, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego wymogu

W związku z powyższym w zakresie Zarzutu nr 4 Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wykreślenie w OPZ w części 2 Wymagania ogólne dla oprogramowania w pkt 15 ostatniego zdania.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu i zamierza w nim złożyć ofertę, a czynności Zamawiającego w

sposób nieuzasadniony uniemożliwiają mu złożenie w Postępowaniu konkurencyjnej oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia i zawarcia w Postępowaniu umowy z Zamawiającym.

Bieżąca treść postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treść Specyfikacji Warunków Zamówienia ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców (w tym Odwołującego) poprzez postawienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez ograniczenie dostępu wykonawców posiadających wystarczające doświadczenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Warunki udziału nie zostały bowiem określone w na poziomie minimalnym, czego wymaga Pzp od Zamawiającego. Jednocześnie inne postanowienia SWZ kwestionowane w niniejszym odwołaniu w sposób istotny ograniczają możliwość zaoferowania dostępnych na rynku rozwiązań informatycznych, ograniczając możliwość udziału w Postępowaniu tylko do tych wykonawców, którzy oferują pośrednio lub bezpośrednio oprogramowanie standardowe, jednak według warunków licencji narzuconych z góry przez Zamawiającego, czym Zamawiający doprowadził do nieuzasadnionego własnymi potrzebami i zakresem przedmiotu zamówienia uprzywilejowania części wykonawców. Naruszenie przepisów Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu i brak zmiany treści SWZ będą miały istotny wpływ na wynik Postępowania.

#### Uzasadnienie

W dniu 28 września 2021 roku Zamawiający wszczął Postępowanie zamieszczając ogłoszenie o jego wszczęciu. Niniejsze odwołanie wnoszone jest od czynności wszczęcia Postępowania i dotyczy treści ogłoszenia oraz SWZ wraz z załącznikami, w tym umową, zamieszczonych przez Zamawiającego. Termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 4 października 2021 roku i został przez Odwołującego dotrzymany.

#### 1. Zarzut nr 1. Warunki udziału w Postępowaniu

Odwołujący wskazuje, że w części XXI SWZ zostały określone przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu. Warunki te w części naruszają obowiązujące przepisy i ograniczają konkurencję.

1. Odwołujący zauważa, że warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (część XXI SWZ pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze) zostały określone w sposób naruszający przepisy Pzp, w szczególności zaś w sposób art. 112 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym, co powoduje ograniczenie możliwości udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy mają

kompetencje i doświadczenie wystarczające dla ubiegania się o realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wymaga, by o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat co najmniej dwie usługi wdrożeniowe systemu dla podmiotu leczniczego o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto każda, polegającej na wdrożeniu systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada strukturę wielooddziałową, tj. zlokalizowanego w minimum dwóch lokalizacjach, przy czym co najmniej jedna z tych usług obejmowała wdrożenie systemu w modelu chmury obliczeniowej. Każda z usług dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania do obsługi procesów leczniczych i obiegu dokumentacji medycznej, dostawę oprogramowania obejmującego e-usługi oraz instruktaż lub szkolenia z systemu informatycznego.

Odwołujący wskazuje, że wymaganie to jest nadmiarowe (nie jest na poziomie minimalnym wymagań) w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dodatkowo opisane w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości.

Przede wszystkim niczym nieuzasadnionym ograniczeniem jest wymóg wdrożenia systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada strukturę oddziałową, tj. zlokalizowanego w co najmniej dwóch lokalizacjach. Odwołujący twierdzi, że wielooddziałowość podmiotu leczniczego nie musi być związana z więcej niż jedną lokalizacją podmiotu. Jeżeli słowo „lokalizacja” zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego oznacza miejsce, w którym znajduje się lub ma się znaleźć jakiś obiekt, to wymóg w zakresie doświadczenia jest zupełnie nieczytelny w kontekście również wymaganej wielooddziałowości. Jedno i drugie określenie odnosi się do struktury organizacyjnej jednostki, jednak nie oznacza, że podmiot zorganizowany w sposób wielooddziałowy musi znajdować się w różnych lokalizacjach. Zamawiający nie doprecyzował również co konkretnie on rozumie przez „dwie lokalizacje” – czy chodzi tu o dwa budynki, dwa różne adresy czy też może o dwie różne lokalizacje jako miasta. Odwołujący twierdzi zatem, że rozumienie w warunku udziału wielooddziałowości jako dwóch lokalizacji, jest nieprawidłowe i ogranicza możliwość udziału w Postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy dokonali wdrożenia systemu informatycznego o określonych parametrach w wielu oddziałach ale w jednej lokalizacji, jak również kilku lokalizacjach ale w ramach jednego oddziału. Odwołujący uważa, że bardziej otwartym zapisem, a jednocześnie nie mającym wpływu na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia jest wprowadzenie zmian proponowanych przez niego i odniesienie się w ramach doświadczenia wykonawcy do jednostek zorganizowanych poprzez określone funkcje, a nie struktury.

Odwołujący wskazuje również, że wobec wymagania przez Zamawiającego by jedna z usług wdrożenia dodatkowo obejmowała wdrożenie systemu w modelu chmury obliczeniowej, wymóg, by jednocześnie wdrożenie to było w dwóch lokalizacjach tej samej jednostki jest niezasadny. Wdrożenie w chmurze obliczeniowej może być bowiem zrealizowane w chmurze zewnętrznej, dostępnej na infrastrukturze dostawcy lub innego podmiotu niż Zamawiający, do której użytkownik uzyskuje dostęp przez przeglądarkę internetową. W takim przypadku bez

znaczenia jest zarówno wielooddziałowość jak i wielolokalizacyjność odbiorcy usługi. Wymóg Zamawiającego zatem w praktyce ogranicza możliwość udziału w Postępowaniu tylko do tych wykonawców, którzy wdrażali rozwiązania oparte o chmurę prywatną, do której dostęp niezależny miały dwie odrębne lokalizacje usługobiorcy. Wyłącza to w praktyce możliwość udziału w Postępowaniu tych wykonawców, którzy wdrażali inne lub w inny sposób techniczny rozwiązania chmurowe.

Reasumując, Odwołujący wskazuje, że warunek udziału wskazany w części XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze jest nadmiarowy i niewspółmierny do przedmiotu zamówienia, a także określony w taki sposób, że Zamawiający zamierza oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie wyższym niż minimalny. Takie kształtowanie warunków udziału prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w Postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji, a jednocześnie rodzi istotne ryzyko dowolnej interpretacji tego warunku przez Zamawiającego na etapie oceny ofert. Izba wielokrotnie, m.in. w wyroku z 8 maja 2019 r. w sprawie o sygnaturze KIO 744/19, podkreślała, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Izba zwróciła uwagę, że warunki udziału określone w danym postępowaniu kształtują pewien wzorzec wykonawcy, któremu zamawiający może powierzyć realizację zamówienia. Wzorzec ten określają cechy dobrane w sposób obiektywny – powiązany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, zapewniający dostęp do zamówienia tylko tym wykonawcom, którzy gwarantują zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z celem danego postępowania. Rozszerzenie konkurencji nie jest celem w sposób bezwzględny najwyższym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Granicę dla rozszerzania konkurencyjności danego postępowania wyznaczają realne i obiektywne czynniki, mierzące zdolności wykonawcy w kontekście specyfiki i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Warunki udziału powinny być skonstruowane w taki sposób, by nie ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie. Odwołujący uważa, że minimalny i niezbędny do osiągnięcia tak określonego celu Zamawiającego byłby zapis w części XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze w brzmieniu:

„- co najmniej dwie usługi wdrożenia systemu dla podmiotu leczniczego o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto każda, polegającej na wdrożeniu systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, **który posiada w swoich strukturach oddziały szpitalne oraz poradnie przyszpitalne**. Każda z usług dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania do obsługi procesów leczniczych i obiegu dokumentacji medycznej, dostawę oprogramowania obejmującego e-usługi oraz instruktaż lub szkolenia z systemu informatycznego;”



W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę kwestionowanego zapisu w sposób wskazany w odwołaniu, względnie rozdzielenie wymagania w zakresie doświadczenia dotyczącego wdrożenia rozwiązania w chmurze obliczeniowej, jako odrębnego doświadczenia (odrębna usługa lub umowa), do którego nie mają zastosowania wartość, ilość oddziałów oraz wielość lokalizacji oraz doprecyzowanie wymagania dotyczącego dwóch usług wdrożenia dla podmiotu leczniczego w zakresie dwóch lokalizacji poprzez wskazanie co konkretnie Zamawiający uzna za dwie odrębne lokalizacje w ramach usługi wdrożenia systemu informatycznego.

2. Odwołujący wskazuje, że w części XXI SWZ pkt 3 ppkt 2 tiret pierwsze Zamawiający wymagał, by wykonawca skierował do realizacji zamówienia Kierownika Projektu (1 osoba), posiadającego wykształcenie wyższe, certyfikat z zakresu zarządzania projektami PRINCE2 Practitioner lub równoważny (np.: IPMA CPM, PMI PMP), posiadająca doświadczenie zawodowe rozumiane jako kierowanie co najmniej 5 projektami informatycznymi o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każdy (np. w roli kierownika projektu lub zastępcy kierownika) z czego co najmniej dwoma projektami informatycznymi o wartości min. 500 000,00 zł brutto każdy, polegającymi na wdrożeniu systemu informatycznego dla podmiotu leczniczego obejmującymi: dostawę i wdrożenie infrastruktury sprzętowej oraz dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania w tym oprogramowania udostępniającego e-usługi.

Odwołujący wskazuje, że nieuzasadnione, nadmierne i nieproporcjonalne jest oczekiwanie przez Zamawiającego doświadczenia Kierownika Projektu w zakresie dostawy i wdrożenia infrastruktury sprzętowej, gdyż zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia zawartym w części V SWZ dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania będącego przedmiotem Postępowania odbędzie się na infrastrukturze sprzętowej Zamawiającego. Natomiast zgodnie z obowiązującymi przepisami, co potwierdza również orzecznictwo Izby (w tym wyrok o sygn. akt KIO 2433/19) wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu a stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący uważa zatem, że minimalny i niezbędny do osiągnięcia tak określonego celu Zamawiającego, a także proporcjonalny do przedmiotu zamówienia byłby zapis w części XXI pkt 3 ppkt 2 tiret pierwsze w brzmieniu:

„- Kierownik Projektu (1 osoba), - osoba posiadająca wykształcenie wyższe, certyfikat z zakresu zarządzania projektami PRINCE2 Practitioner lub równoważny (np.: IPMA CPM, PMI PMP), posiadająca doświadczenie zawodowe rozumiane jako kierowanie co najmniej 5 projektami informatycznymi o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każdy (np. w roli

kierownika projektu lub zastępcy kierownika) z czego co najmniej dwoma projektami informatycznymi o wartości min. 500 000,00 zł brutto każdy, polegającymi na wdrożeniu systemu informatycznego dla podmiotu leczniczego obejmującymi dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania w tym oprogramowania udostępniającego e-usługi.”

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę kwestionowanego zapisu w sposób wskazany w odwołaniu.

## 2. Zarzut nr 2. Umowa w sprawie zamówienia publicznego – projektowane postanowienia umowne

1. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego ma zawierać postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy, robót budowlanych oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usług, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Zamawiający w SWZ wskazał, że przedmiot zamówienia ma zostać wykonany w całości do dnia 31 grudnia 2021 roku (§ 4 ust. 1 umowy), jednocześnie wszczynając Postępowanie w dniu 28 września 2021 roku i przewidując termin składania ofert na dzień 8 października 2021 roku. Zamawiający przewidział również termin związania ofertą na 30 dni, a w ramach badania ofert Zamawiający przewiduje przeprowadzenie prezentacji próbek.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie zapewnił wystarczającego terminu na realizację przedmiotu umowy, do czego jest zobowiązany. Zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem wszystkich zasad określonych w przepisach Pzp. Wyłącznym prawem Zamawiającego jest ustalenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym ustalając ten termin powinien on brać pod uwagę wszystkie zasady dotyczące zamówień publicznych, w tym zasadę zapewniającą prowadzenie zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. W związku z powyższym Zamawiający ustalając termin realizacji zamówienia powinien brać pod uwagę przede wszystkim możliwość jego realizacji w określonym terminie, w szczególności zaś brać pod uwagę, czy wykonanie przedmiotu zamówienia o określonych parametrach, przy założeniu współpracy stron oraz z zapewnieniem procedury wyboru oferty najkorzystniejszej, jest realne. Zamawiający natomiast przewidział, że pomiędzy ogłoszeniem Postępowania a odbiorem przedmiotu umowy upłyną 3 miesiące, z czego połowa tego okresu to sama procedura wyboru oferty najkorzystniejszej (nie wliczając w to ewentualnych procedur odwoławczych). Należy też wziąć pod uwagę, że Zamawiający w Umowie przewidział procedurę odbioru liczoną w dniach roboczych (informacja o gotowości do odbioru na 2 dni robocze przed rozpoczęciem procedury odbioru o 5 dni roboczych samej procedury odbioru, 7 dni roboczych na usunięcie

ujawnionych w czasie procedury odbioru wad), co oznacza, że co najmniej na 14 dni roboczych przed 31 grudnia 2021, wykonawca chcący dochować postanowień umowy powinien zakończyć realizację przedmiotu umowy i przekazać go do odbioru (połowa grudnia 2021) – przy założeniu, że przedmiot umowy zostanie odebrany w jednej iteracji procedury. W rezultacie, przedmiot zamówienia obejmujący analizę infrastruktury Zamawiającego, przygotowanie analizy przedwdrożeniowej, instalację i konfigurację Systemu, migrację danych, wykonanie testów powdrożeniowych i przeszkolenie użytkowników, a następnie przeprowadzenie procedury odbioru takiego przedmiotu zamówienia, powinien zostać zrealizowany w najlepszym przypadku w terminie miesiąca, co w ocenie Odwołującego jest niemożliwe z uwagi na jego zakres.

Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający zakłada, że część przedmiotu umowy będzie realizowana jeszcze przed jej zawarciem, co wprost narusza **art. 432 Pzp** dotyczący formy pisemnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i to pod rygorem nieważności. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na treść definicji ustawowej zawarta w art. 7 pkt 25 Pzp, zgodnie z którą udzieleniem zamówienia jest dopiero moment zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszelkie działania związane z realizacją przedmiotu umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej ale przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być uznane jako realizacja udzielonego zamówienia i stanowią naruszenie zasad Pzp.

Tymczasem Zamawiający przewiduje w § 3 ust. 17 projektowanych warunków umowy, że jeszcze przed zawarciem umowy (przed jej podpisaniem), wybrany wykonawca zapozna się z infrastrukturą sprzętową Zamawiającego i to na tyle dokładnie, by zawierając umowę oświadczyć, że jest ona wystarczająca dla zapewnienia poprawnego i sprawnego działania Systemu i zachowania jego wymaganych parametrów, a także ma zagwarantować, że wszelkie zmiany i aktualizacje dokonywane przez niego w Systemie nie spowodują konieczności dokonania zmian w infrastrukturze Zamawiającego przez okres udzielonej gwarancji. W ocenie Odwołującego takie oświadczenia mogą być wynikiem prowadzonej i wskazanej w ramach przedmiotu zamówienia analizy przedwdrożeniowej. Odwołujący nie wyobraża sobie by Zamawiający, nie podając na aktualnym etapie Postępowania dokładnych danych dotyczących posiadanej infrastruktury niezbędnej dla realizacji zamówienia udostępnił ją jeszcze przed zawarciem umowy wybranemu wykonawcy, który finalnie może odmówić zawarcia umowy, jeżeli infrastruktura posiadana przez Zamawiającego okaże się niewystarczająca technicznie lub ilościowo dla oferowanego Systemu. Niezależnie, wybrany wykonawca w takim przypadku, mimo wykonania pracy w zakresie analizy dotyczącej infrastruktury nie otrzyma za nią wynagrodzenia. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający winien udostępnić informacje o posiadanej infrastrukturze, która zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. Jest to parametr kluczowy zarówno do doboru oferowanego systemu jak i dokonania wyceny rozwiązania. Dla wykonawcy istotne jest również, czy Zamawiający rzeczywiście taką infrastrukturą dysponuje wszczynając Postępowanie, czy też zamierza ją dopiero nabyć, co przy aktualnych przerwanych łańcuchach dostaw sprzętu informatycznego może mieć istotny

wpływ na, i tak nierealny, termin realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący zauważa również, że w zakresie w jakim kwestionuje on zapis § 3 ust. 17 umowy znajduje się gwarancja wykonawcy, że wszelkie zmiany i aktualizacje dokonywane przez wykonawcę w Systemie nie spowodują konieczności dokonania zmian w infrastrukturze Zamawiającego przez okres udzielonej gwarancji (36 miesięcy). Umowa nie reguluje również kwestii, co na wypadek gdyby jednak nie udało się wykonawcy dochować takiej gwarancji, ale przyjęć należy, że w takim przypadku Zamawiający mógłby próbować dochodzić od wykonawcy odszkodowania w wysokości kosztów poniesionych przez niego w związku z zakupioną infrastrukturą niezbędną do działania Systemu po modyfikacji, co dodatkowo tworzy warunki tego Postępowania wyjątkowo niekorzystne i nierówne dla stron umowy.

Podobnie, w treści projektowanych postanowień umowy (§ 3 ust. 12) Zamawiający zawarł oświadczenie wykonawcy, z którym zawierana będzie umowa, że ten jeszcze przed podpisaniem umowy zapoznał się z źródłowymi bazami danych Zamawiającego z których nastąpi migracja do Systemu i oświadcza, że nie zachodzą jakiegokolwiek przeszkody do przeprowadzenia prawidłowej migracji. Również ta praca, w ocenie Odwołującego, nie tylko nie powinna być realizowana przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na brzmienie art. 432 Pzp, ale również prowadzi do realizacji części zobowiązania umownego (analizy przedwdrożeniowej) jeszcze przed jego podjęciem, co w zamówieniach publicznych nie jest dopuszczalne. Odwołujący wskazuje również, że dane podlegające migracji zamieszczone są w systemach nie będących własnością Zamawiającego, a zatem nie ma on możliwości tak swobodnego udzielania dostępu do baz podmiotom trzecim i to takim, z którymi nie ma zawartej żadnej umowy. Zgodnie z Załącznikiem 10 do SWZ, częścią 6 pkt 5, Zamawiający miał zapewnić taki nieodpłatny dostęp dopiero na etapie realizacji zamówienia, a nie przed przystąpieniem do zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia. Odwołujący wskazuje tu na ryzyko naruszenia nie tylko praw do bazy dotychczasowego dostawcy oprogramowania, ale również istotne ryzyko naruszenia regulacji dotyczących ochrony danych osobowych poprzez umożliwienie dostępu do danych zawartych w bazie podmiotowi z którym Zamawiający nie zawarł żadnej umowy, w tym umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, które nastąpi dopiero wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (§ 16 projektowanych postanowień umownych i Załącznik nr 4 do umowy).

Wskazać należy, że przepisy Pzp jedynie w określonym zakresie regulują problematykę ustalenia równowagi stron projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 5 kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego (tu Zamawiającego) nie jest uważane za

wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. 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. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że Zamawiający „nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)”. Jednocześnie, pamiętać też należy, że mowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Odwołujący stoi zatem na stanowisku, że ustalenie niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania zamówienia jak również warunków realizacji zamówienia na zasadach innych niż umowa zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności sprzeciwia się naturze stosunku zobowiązaniowego – umowy w sprawie zamówienia publicznego - narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzi do nadużyć przez Zamawiającego własnego prawa podmiotowego, a także czyni świadczenie niemożliwym i skutkującym nieważnością stosunku zobowiązaniowego. Pełne ryzyko niewykonania zamówienia w terminie ponosi bowiem wykonawca, który składając ofertę nie wie jaki finalnie będzie miał czas na realizację przedmiotu umowy o ile zostanie ona zawarta z Zamawiającym, część zobowiązań miałby zrealizować bez zawartej umowy, a w konsekwencji utrudnione, czy wręcz niemożliwe jest ustalenie i oszacowanie przez wykonawcę ryzyk dotyczących składanej oferty. Natomiast nie tylko powołane przepisy kodeksu cywilnego, ale również istota nowelizacji prawa zamówień publicznych w zakresie umów, miała na celu rezygnację ze zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez Zamawiającego na rzecz bardziej proporcjonalnego rozłożenia ryzyk pomiędzy stronami, czego w Postępowaniu Zamawiający zaniechał przerzucając w całości ryzyko związane z realizacją umowy na wykonawców.

Niezależnie, przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja określenia terminu realizacji umowy jest niezgodna z art. 436 pkt 1 Pzp, który zakazuje określenie terminu planowanego terminu realizacji przedmiotu umowy w konkretnej dacie. Termin realizacji umowy musi być określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba, że podanie terminu w konkretnej dacie jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zamawiający nie wskazał takiej przyczyny w SWZ. W szczególności taką obiektywną, czyli niezależną od Zamawiającego przyczyną nie może być wszczęcie Postępowania z uwagi na kończący się okres obowiązywania z dniem 31 grudnia 2021 roku wsparcia dla systemu aktualnie użytkowanego przez Zamawiającego, a który mógłby w wyniku postępowania zostać zastąpiony nowym Systemem. Postępowanie zostało

wszczęte zbyt późno, by zapewnić bezwzględnie zakończenie realizacji umowy zawartej na skutek rozstrzygnięcia Postępowania, do dnia 31 grudnia 2021 roku, co obciąża wyłącznie Zamawiającego i nie może stanowić obiektywnego – w rozumieniu Pzp – uzasadnienia dla odstąpienia od stosowania przepisu **art. 436 pkt 1 Pzp**.

W konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej Zamawiający dopuszcza się naruszenia **art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert.

### 3. Zarzut nr 3

Zamawiający w SWZ wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania administracyjnego i medycznego. Zgodnie z postanowieniami umowy załączonej do SWZ (§ 1 ust. 1 pkt 3) Oprogramowanie lub System, według Zamawiającego oznacza oferowane oprogramowanie, jako produkt gotowy o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego, nie wymagający podczas jego dostawy oraz wdrożenia zmian w kodzie źródłowym. Jednym słowem, zgodnie z umową, przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania/systemu w pełni istniejącego i dostępnego na rynku.

Jednocześnie zgodnie z definicją wskazaną powyżej, Zamawiający wymaga, by wykonawca udzielił na to oprogramowanie/system licencji i dokonał podczas dostawy instalacji oraz konfiguracji, co umożliwi jego zoptymalizowanie do organizacji oraz potrzeb Zamawiającego w zakresie opisanym w OPZ. Jak wynika z powyższych zapisów, konfiguracja oprogramowania/systemu nie może wiązać się ze zmianami w kodzie źródłowym oferowanego oprogramowania.

Zamawiający również w umowie wymaga złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że (§ 6 ust. 2):

1) **wszelkie prawa do Systemu**, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu, w szczególności prawa autorskie i prawa własności przemysłowej **należą wyłącznie do Wykonawcy lub Wykonawca posiada prawo do dysponowania nimi w tym do udzielania licencji lub dalszej licencji;**

2) wszelkie prawa do nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zmian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu będą przysługiwały wykonawcy lub wykonawca będzie posiadał prawo do dysponowania nimi.

Takie zapisy wskazują, że wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia może być wyłącznie podmiot posiadający majątkowe prawa autorskie do oprogramowania albo dysponujący nimi w taki sposób, że może on udzielić licencji lub sublicencji. Oznacza to tym samym, że w Postępowaniu ofertę może złożyć wyłącznie producent oprogramowania, albo podmiot uprawniony do udzielenia licencji lub sublicencji. W związku z powyższym z udziału w Postępowaniu wyeliminowani są dystrybutorzy oprogramowania lub przedstawiciele producentów posiadający takie umowy z producentami, które uprawniają jedynie do pośredniczenia w udzieleniu licencji pomiędzy producentem (podmiotem posiadającym majątkowe prawa autorskie i uprawnionym do udzielania licencji) a Zamawiającym. Podmioty

takie ani nie posiadają praw autorskich i praw własności przemysłowej do oprogramowania ani też nie posiadają prawa do dysponowania nimi w tym do samodzielnego udzielania licencji lub dalszej licencji.

Co więcej, Zamawiający narzucił we wzorze umowy pola eksploatacji na jakich ma być udzielona licencja przez wykonawcę (§ 6 ust. 3):

1. korzystanie z wszystkich funkcjonalności Systemu, wszystkich funkcjonalności poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu bez ponoszenia dodatkowych opłat oraz bez jakichkolwiek ograniczeń;
2. instalowanie, deinstalowanie, zwielokrotnianie, uruchamianie, odtwarzanie, wyświetlanie, przechowywanie, stosowanie Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu oraz oprogramowania Systemu w zakresie nieodzownych elementów jego użytkowania, w tym z jego archiwizacją;
3. **nieodpłatne** korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zamian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie gwarancji;
4. sporządzania kopii zapasowych Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu;
5. wprowadzanie i zapisywanie w pamięci komputerów, odtwarzanie, wyświetlanie, stosowanie Systemu, sporządzanie kopii zapasowej (kopii bezpieczeństwa) nośników instalacyjnych i nośników z zainstalowanym oprogramowaniem, przystosowywanie, korzystanie z produktów powstałych w wyniku eksploatacji Systemu przez zamawiającego, w szczególności danych, raportów, zestawień oraz innych dokumentów kreowanych w ramach tej eksploatacji oraz modyfikowania tych produktów i dalszego z nich korzystania.

Podkreślenia wymaga, że pola eksploatacji mogą być określone wyłącznie przez podmiot, któremu przysługują majątkowe prawa autorskie do oprogramowania. Oznacza to, że zgodnie z zasadą wynikająca jeszcze z prawa rzymskiego stanowiącą, że nikt nie może przenieść na drugą osobę więcej praw, aniżeli sam posiada, wykonawca nie będący producentem oprogramowania/systemu nie będzie mógł brać udziału w Postępowaniu, gdyż nie ustali warunków licencji na takie jak wskazał Zamawiający, jeżeli w stosunku do oprogramowania/systemu zdefiniowanego jako istniejącego, gotowego o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego, nie wymagającego podczas jego dostawy oraz wdrożenia zmian w kodzie źródłowym, ustalone warunki licencji są inne aniżeli określone w umowie. W szczególności zaś Odwołujący wskazuje, że nie ma na rynku według jego wiedzy takiego oprogramowania standardowego spełniającego warunki określone przez Zamawiającego dla oprogramowania medycznego oraz administracyjnego i jednocześnie pozwalającego na nieodpłatne korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zamian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie kolejnych 36 miesięcy i bez żadnych ograniczeń dotyczących tych modyfikacji.

Odwołujący twierdzi zatem, że projektowane zapisy umowy ograniczają konkurencję, w praktyce pozwalając na złożenie oferty jedynie tym wykonawcom, którzy są jednocześnie

producentem oprogramowania medycznego i administracyjnego mogącymi udzielić licencji lub sublicencji, a także ustalić warunki korzystania z oprogramowania/systemu na zgodne z polami eksploatacji określonymi w umowie.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę zapisów umowy w taki sposób, by umożliwiły one oferowanie oprogramowania również przez inne podmioty niż udzielające licencji, na przykład podmioty pośredniczące w udzieleniu licencji przez producenta, czy też zapewniające udzielenie tej licencji przez producenta oprogramowania/systemu, a także poprzez określenie zapisów pól eksploatacji pozwalające na zastosowanie standardowych warunków korzystania z oprogramowania ustalonych przez jego producenta. W szczególności zaś Odwołujący wnosi o wprowadzenie nowego w brzmienia § 1 ust. 1 pkt 3 oraz § 6 ust. 2 umowy poprzez doprecyzowanie możliwości uzyskania licencji od, a tym samym udziału w Postępowaniu również wykonawców którzy nie są producentami oprogramowania lub systemu i w związku z tym zmian w zakresie § 1 ust. 1 pkt 3 w brzmieniu „3) Oprogramowanie lub System - jest to oprogramowanie oferowane, jako produkt gotowy o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego nie wymagający podczas jego dostawy oraz wdrożenia zmian w kodzie źródłowym, dostarczone w ramach realizacji niniejszego przedmiotu Umowy obejmujące funkcjonalności, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej również „OPZ”). Wykonawca udziela na to oprogramowanie, system licencji lub zapewnia jej udzielenie przez jego producenta i dokonuje podczas dostawy instalacji oraz konfiguracji, co umożliwia jego zoptymalizowanie do organizacji oraz potrzeb Zamawiającego w zakresie opisanym w OPZ;” oraz § 2 ust. 2 w brzmieniu: „1) wszelkie prawa do Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu, w szczególności prawa autorskie i prawa własności przemysłowej należą wyłącznie do Wykonawcy lub Wykonawca posiada prawo do dysponowania nimi w tym do udzielania licencji lub dalszej licencji lub Wykonawca zapewni udzielenie licencji przez producenta Systemu;

2) wszelkie prawa do nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zmian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu będą przysługiwały Wykonawcy lub Wykonawca będzie posiadał prawo do dysponowania nimi lub Wykonawca zapewni udzielenie licencji przez producenta Systemu.”

Natomiast w zakresie udzielanych pól eksploatacji, co do których wykonawca nie będący producentem nie ma możliwości swobodnego kształtowania ich zakresu i bezwzględnego oferowania warunków korzystania z oprogramowania na zasadach określonych przez Zamawiającego, w szczególności zaś w zakresie nieodpłatnego oferowania modyfikacji i zmian w całym okresie gwarancji, wnosimy w miejsce dotychczasowego zapisu § 6 ust. 3 wprowadzić nowy w brzmieniu następującym:

„3. Wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego określonego w §10 Umowy, udziela Zamawiającemu licencji lub sublicencji do Systemu albo zapewnia udzielenie licencji przez producenta Systemu, na polach eksploatacji ustalonych przez producenta Systemu, z tym zastrzeżeniem, że o ile producent nie zastrzegł inaczej w warunkach licencji:



1. korzystanie z wszystkich funkcjonalności Systemu, wszystkich funkcjonalności poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu bez ponoszenia dodatkowych opłat oraz bez jakichkolwiek ograniczeń;
2. instalowanie, deinstalowanie, zwielokrotnianie, uruchamianie, odtwarzanie, wyświetlanie, przechowywanie, stosowanie Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu oraz oprogramowania Systemu w zakresie nieodzownych elementów jego użytkowania, w tym z jego archiwizacją;
3. korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zmian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie gwarancji;
4. sporządzania kopii zapasowych Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu;
5. wprowadzanie i zapisywanie w pamięci komputerów, odtwarzanie, wyświetlanie, stosowanie Systemu, sporządzanie kopii zapasowej (kopii bezpieczeństwa) nośników instalacyjnych i nośników z zainstalowanym oprogramowaniem, przystosowywanie, korzystanie z produktów powstałych w wyniku eksploatacji Systemu przez Zamawiającego, w szczególności danych, raportów, zestawień oraz innych dokumentów kreowanych w ramach tej eksploatacji oraz modyfikowania tych produktów i dalszego z nich korzystania.”

4. Zarzut nr 4 – dotyczący tej samej bazy danych dla Systemu w części medycznej i administracyjnej

Zamawiający w OPZ pkt 15 części 2 Wymagania ogólne dla oprogramowania ustanowił wymóg, że System musi działać na jednej bazie danych w części administracyjnej i medycznej. W ocenie Odwołującego wymóg ten nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. Z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego nie jest istotne to czy System w zakresie różnych modułów działa na jednej i tej samej bazie danych, czy baz tych jest więcej. Istotny dla Zamawiającego jest sposób „zaciągania” danych z baz, przy czym jest on niezależny od samej bazy danych.

Tego rodzaju wymóg jest praktycznie niespotykany w postępowaniach dotyczących dostawy i wdrożenia systemów informatycznych, szczególnie gdy dotyczy to dwóch funkcjonalnie różnych systemów (administracja i system medyczny) i to właśnie z tego powodu, że nie ma on żadnego racjonalnego uzasadnienia. W szczególności pomimo różnych baz danych pozyskiwanie przechowywanych tam danych jest bezproblemowe, a dane te mogą być wymieniane (importowane i eksportowane) pomiędzy poszczególnymi modułami. Skoro dane z różnych baz danych mogą być używane przez wszystkie ww. moduły nie ma uzasadnienia dla jednej i tej samej bazy danych.

Natomiast zapis OPZ ogranicza możliwość udziału w Postępowaniu do wykonawców dostarczających oba wymienione wyżej systemy działające na jednej (tej samej) bazie danych de facto prowadzi do ograniczania dostępu do postępowania wielu wykonawcom, zmieniając tym samym całkowicie krąg potencjalnych podmiotów mogących wziąć udział w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ten sposób określił cechę Systemu z wykorzystaniem zależności podmiotowych producentów biorących udział w jego wytworzeniu (pracuje na jednej bazie danych). W konsekwencji doprowadza to do sytuacji, że wykonawcy legitymujący się wielokrotną, skuteczną realizacją dostaw systemów informatycznych dla jednostek służby zdrowia, tożsamego z przedmiotem zamówienia objętym Postępowaniem, zostają wyeliminowani z przetargu poprzez jeden zapis co należy uznać za sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji.

Cytowane postanowienie SWZ w sposób nieuprawniony wyklucza zatem możliwość zaoferowania systemów medycznych i administracyjnych działających na różnych bazach danych i to nawet jeśli zapewniony zostanie poziom integracji czy eksportu między systemami, który pozwoli na spełnienie oczekiwań Zamawiającego dotyczących wymiany informacji w sposób automatyczny. Skoro zatem cel, do którego dąży Zamawiający może zostać osiągnięty różnymi metodami, nieuprawnionym i ograniczającym konkurencję jest działanie Zamawiającego wyłączające możliwość wyboru jednego ze sposobów realizacji zamówienia. Oba rozwiązania – jedna baza danych jak i integracja różnych baz - mają charakter równoważny wobec siebie, albowiem spełniają dokładnie te same funkcje (przechowywania danych), a żadne z nich nie jest lepsze od drugiego. Skoro oba te rozwiązania spełniają dokładnie tę samą funkcję nie ma podstaw do ograniczania konkurencji w tym zakresie do de facto do dwóch producentów systemu.

Zdaniem Odwołującego należy mieć także na uwadze, że przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być realizowane w oderwaniu od panujących w danym obszarze uwarunkowań rynkowych. Według Odwołującego na rynku systemów informatycznych dla ochrony zdrowia przyjęło się, że poszczególne systemy informatyczne składające się na kompleksowe oprogramowanie dla placówki medycznej pochodzą od różnych producentów, a tym samym pracują na różnych bazach danych. W szczególności typowa jest sytuacja, w której oprogramowanie tzw. części medycznej i administracyjnej pochodzi od innych producentów, których to systemy pracują na różnych bazach danych. Z ogólnodostępnych informacji wynika, że co najmniej połowa wykonawców dostarcza rozwiązania oparte o podsystemy różnych producentów w tych obszarach (na przykład Odwołujący,

Compu Group Medical, Konsultant IT, Nexus Polska, Kamssoft).

Odwołujący podnosi, że przyjęty przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy Pzp, godząc jednocześnie w fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych, dotyczącą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. W opinii Odwołującego istnieje katalog właściwych norm prawnych, jak również standardów technicznych pozwalających na określenie

przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uciekania się do normowania stosunków własnościowych i producenckich poszczególnych elementów systemu informatycznego. Zamawiający był w stanie z ich wykorzystaniem określić zarówno zakres danych wymienianych pomiędzy podsystemami administracyjnym i medycznym, jak i standard oraz format wymiany tych danych. Powołane zasady zamówień publicznych zakazują zamawiającemu faworyzowania wykonawców i nakazują jednakowo traktować wszystkich (również potencjalnych) uczestników postępowania na każdym etapie postępowania, tak by mieli oni jednakowe szanse uzyskania zamówienia. Zasady te, jako ogólne zasady udzielania zamówień, obejmują wszelkie czynności zamawiającego i dotyczą wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności dotyczą także zapisów SWZ wraz z jej zmianami. W tym miejscu odwołujący wskazuje również, że analogiczny problem był przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, które w sprawach połączonych pod sygnaturami akt KIO 2478/17 i 2480/17 wyrokiem z dnia 11 grudnia 2017 roku stwierdziła, że nie można uznać, że potrzeby zamawiającego wprowadzające wymóg jednej bazy danych dla dwóch różnych systemów/podsystemów oferowanych przez wykonawców są uzasadnione, skoro działanie systemu na jednej bazie danych/instancji, nie jest konieczne do uzyskania określonych funkcjonalności. Izba uznała, że rozwiązanie opisane przez zamawiającego, jak też rozwiązania proponowane przez odwołujących w tamtej sprawie i sprowadzające się do integracji baz, są równoważne, a zatem nie ma konieczności narzucania jednego z nich. W konsekwencji nie ma też uzasadnienia dla ograniczenia konkurencji do jednej, czy też być może nawet do więcej niż jednej firm, jeżeli jednocześnie są na rynku inni wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia, którzy wyłącznie z powodu przewidzianego przez Zamawiającego ograniczenia sposobu działania systemu do jednej instancji i jednej bazy danych, nie są w stanie złożyć oferty. Taka bowiem sytuacja, tj. utrudnienie uczciwej konkurencji z powodu narzuconego technologicznego sposobu wykonania zamówienia, który nie jest niezbędny do właściwego funkcjonowania przedmiotu zamówienia, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (aktualnie art. 99 ust 2 Pzp).

Z tych względów Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i nakazanie, aby Zamawiający wykreślił z SWZ wymóg dotyczący konieczności, aby system w części medycznej i administracyjnej musi być oparty na jednej bazie danych.

Reasumując, odwołujący wnosi jak na wstępie.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana do Zamawiającego w taki sposób, by mógł się on z nią zapoznać.

Odwołujący wniósł wpis od odwołania w wysokości 7.500 zł.

r. pr. Monika Szarafińska – Zajdowicz

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z opłatą
2. potwierdzenie opłaty
3. KRS Odwołującego
4. Potwierdzenie doręczenia Zamawiającemu kopii odwołania