

Poznań, dnia 12 grudnia 2022 r.

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

**Zamawiający:** Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach

ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice, tel.: 91 38 42 127

**Odwołujący:** Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań, numer KRS: 0000014544, tel.: 61 64 60 981, faks: 61 64 60 980, e-mail: [biuro@nexuspolska.pl](mailto:biuro@nexuspolska.pl), z zarządem w składzie: Ewa Dobaczewska-Szalczyk, Jacek Marcin Kobusiński, Paweł Roman Masadyński, reprezentowana przez: Wojciecha Kalińskiego - radcę prawnego, Martę Macugę – adwokata, Sebastiana Błaźniaka – prokurenta, Agnieszkę Smuszkiewicz – pracownika Nexus Polska

**Dotyczy (przedmiot zamówienia):** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Informatyzacja czterech szpitali województwa zachodniopomorskiego w ramach projektu pn. „Zachodniopomorskie e-Zdrowie””, znak sprawy: 46/22, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2 grudnia 2022 r. pod numerem: 2022/S 233-669657

## **ODWOŁANIE**

### **wobec treści dokumentów zamówienia**

### **oraz treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia**

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.; dalej jako „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec określenia przez Zamawiającego treści dokumentów zamówienia oraz treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: "Informatyzacja czterech szpitali województwa zachodniopomorskiego w ramach projektu pn. „Zachodniopomorskie e-Zdrowie”” w sposób:

- I. kształtujący treść przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego,
- II. niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia,

- III. utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
- IV. nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia,
- V. a także obejmujący wymagania, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a które mają wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia i sporządzenie oferty,

i w związku z tym **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.

**1. art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp:**

- a) poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie postawienia przez Zamawiającego w SWZ wymogu Wykonawcy wykazania w Rozdz. 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) część II lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), że „w zakresie doświadczenia Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaże, że: a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 2 500 000 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również: - dostawa, wdrożenie i konfiguracja infrastruktury serwerowo-macierzowej, - dostawa i wdrożenie systemu e-Uслуг”;
- b) poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie postawienia przez Zamawiającego w SWZ wymogu wykazania przez Wykonawcę w Rozdz. 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) część III lit. a) SWZ zamówienia, że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również\*: dostawa, wdrożenie i konfiguracja infrastruktury serwerowo-macierzowej, dostawa i wdrożenie systemu e-Uслуг”;
- c) poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę

równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie postawienia przez Zamawiającego w Rozdz. 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) SWZ część I oraz III wymogu, że „zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia, posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, wskazane poniżej, w tym: a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie PRINCE2 Practitioner lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP Project Management Professional) CPM, PMI, PMP oraz (...);

2. **art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 41 ust. 2 PrAut** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa poprzez przyjęcie w § 10 ust. 1 zd.2 wzoru umowy (odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), że „Jeżeli elementem Systemu miałyby być jakiegokolwiek utwory, co do których prawa autorskie przysługują osobom innym niż Wykonawca, Wykonawca oświadcza, że jest uprawniony do udzielania osobom trzecim licencji na te utwory w zakresie koniecznym dla wykonania Umowy oraz że na podstawie odpowiednich upoważnień udzielonych przez licencjodawcę utworów jest uprawniony do pobierania wynagrodzenia za udzielane przez licencjodawcę licencje”, co prowadzi do zawarcia we wzorze umowy postanowienia obiektywnie niemożliwego do realizacji przez wykonawców, bowiem w odniesieniu do wielu programów wykonawcy nie będą mieli uprawnienia do udzielenia Zamawiającemu licencji;
3. **art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób nieprzejrzysty i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także ze sobą sprzecznych, ponadto nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji złożenie oferty i jej rzetelną wycenę, w zakresie: uniemożliwiając tym samym Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia poprzez:
  - a) sprzeczność pomiędzy § 10 ust. 5 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), gdzie wskazane zostało, że Zamawiającemu przekazywane są uprawnienia na enumeratywnie w tym ustępie wymienionych polach eksploatacji, a §12 ust. 7 zd. 2 wzoru umowy (w odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV)/ §12 ust. 4 zd.2 wzoru umowy (dla Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), gdzie wskazane zostało, że Zamawiającemu przekazywane są uprawnienia licencyjne na wszystkich polach eksploatacji;
  - b) nieprecyzyjność i zbytnia ogólnikowość § 3 ust. 9 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V), poprzez

nieuwzględnienie, iż z racji częstotliwości zmian przepisów prawnych wskazane jest, by część zmian, które mają stanowić implementację przepisów uchwalonych w okresie poprzedzającym termin odbioru umowy, mogły być implementowane w okresie gwarancji;

- c) błędnego oznaczenia w § 11 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV), że „Wskazane wyżej okresy gwarancji i sprawowania nadzoru autorskiego liczone będą: na dostarczoną w ramach Umowy Infrastrukturę (produkty Etapu nr 2) od dnia podpisania przez Strony protokołu Odbioru Etapu nr 3 bez Wad”, kiedy to prawidłowo wskazany punkt powinien mieć brzmienie: „Wskazane wyżej okresy gwarancji i sprawowania nadzoru autorskiego liczone będą: na dostarczoną w ramach Umowy Infrastrukturę (produkty Etapu nr 2) od dnia podpisania przez Strony protokołu Odbioru Etapu nr 2 bez Wad”;
4. **art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez niejednoznaczne, niejasne określenie w § 12 ust. 15 wzoru umowy (Odpowiednio: *Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV*) oraz w § 12 ust. 15 zd.1 wzoru umowy w *Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V*), iż: „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania podwyższenia wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu”, co wskazuje na opisanie przedmiotu zamówienia i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i jej rzetelną wycenę;
5. **art. 16 pkt 2 Pzp w zw. z art. 105 ust. 1 pzp** poprzez postawienie wymogu przedstawienia dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postaci wymogu przedstawienia przez wykonawców bliżej nieokreślonego certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w Rozdz. 3 ust. 8 Specyfikacji Warunków Zamówienia, co uniemożliwia dostarczenie takiego certyfikatu;
6. **art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1 Pzp** poprzez wskazanie nierealnego terminu wykonania zamówienia w Rozdziale 4 ust. 1 SWZ, a także następnie kolejno we wzorach umów stanowiących: § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika Nr 4 do SWZ dla Części I, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika nr 2 do SWZ dla Części II, § 5 ust. 1 -2 i ust. 4 wzoru umowy Załącznik nr 4 do SWZ dla Części III, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, na skutek podania terminu realizacji wyrażonego przez podanie konkretnej daty, tj. do dnia 31 października 2023 r., co utrudnia lub wręcz uniemożliwia Wykonawcom realizację zamówienia w terminie, a ponadto narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej

Zamawiającego na skutek wprowadzenia potencjalnie niemożliwego do dotrzymania terminu na realizację zamówienia;

7. **art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek:
- a) przyjęcie w § 8 ust. 5 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), że „Akceptacja DAP warunkuje rozpoczęcie prac Wykonawcy związanych z realizacją Zamówienia”, co prowadzi do nieuzasadnionego wzmocnienia pozycji Zamawiającego poprzez brak umożliwienia ewentualnego poprawienia przez Wykonawcę DAP oraz nieuwzględnienie w treści wzoru umowy możliwości odstąpienia od umowy przez Wykonawcę w przypadku braku akceptacji DAP,
  - b) przyjęcie w § 3 ust. 6 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), że „Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wykonywania niezbędnych czynności związanych z realizacją przedmiotu Umowy o ile nie polegają one na zaciąganiu zobowiązań w imieniu Zamawiającego a Wykonawca każdorazowo potwierdzi mailowo u przedstawiciela Zamawiającego możliwość dokonania konkretnej czynności w imieniu Zamawiającego”, co prowadzi do nieuzasadnionego wzmocnienia pozycji Zamawiającego poprzez nałożenie na Wykonawcę dodatkowych, nie mających uzasadnienia obowiązków, które mogą potencjalnie spowodować utrudnienia w realizacji umowy;
  - c) przyjęcie w § 15 ust. 6 pkt 4) wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V), że „Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od Umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia oraz bez prawa Wykonawcy do żądania zapłaty kary umownej w przypadku zaistnienia następujących okoliczności: ... 4) popełnienia przez Wykonawcę błędu, zawinonego w związku z realizacją przedmiotu Umowy, skutkującego utratą dofinansowania lub wykluczeniem z Projektu Zamawiającego.” oraz w § 16 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V) , że „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne, które będą naliczane w następujących okolicznościach i wysokościach: z tytułu utraty dofinansowania przez Zamawiającego z Projektu z winy Wykonawcy w szczególności nieterminowego wykonania przedmiotu Umowy w wysokości 50% wartości Umowy – całkowitej kwoty wynagrodzenia brutto;

i wobec powyższego **wnoszę o:**

- I. uwzględnienie odwołania;



oraz nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów ogłoszenia o zamówienia oraz Specyfikacji Warunków zamówienia w następujący sposób:

a) w odniesieniu do zarzutu nr 1 a):

-modyfikację warunku udziału Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ten sposób, by w zakresie postawionego w SWZ Rozdział 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) część II lit. a) SWZ wymogu doświadczenia w ten sposób, że:

„w zakresie doświadczenia Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaże, że:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 2 500 000 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również:

- jedno zamówienie obejmujące dostawę, wdrożenie i konfigurację infrastruktury serwerowo-macierzowej,

- dwa zamówienia obejmujące dostawę i wdrożenie systemu e-Uslug”

b) w odniesieniu do zarzutu nr 1 b):

-modyfikację warunku udziału Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ten sposób, by w zakresie postawionego w SWZ Rozdział 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) część III lit. a) SWZ wymogu doświadczenia w ten sposób, że:

„w zakresie doświadczenia Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek, jeżeli wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również:

- jedno zamówienie obejmujące dostawę, wdrożenie i konfigurację infrastruktury serwerowo-macierzowej,

- dwa zamówienia obejmujące dostawę i wdrożenie systemu e-Uslug”

c) w odniesieniu do zarzutu nr 1 c):

- modyfikację warunku udziału Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ten sposób, by w zakresie postawionego w SWZ Rozdział 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) część I oraz część III lit. a) SWZ wymogu w zakresie doświadczenia osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia i nadanie mu następującego brzmienia:

## Dla części I:

a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie **Prince Foundation** lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP (Project Management Professional) oraz doświadczenie w prowadzeniu projektów informatycznych na stanowisku kierownika wdrożenia, potwierdzone udziałem w roli kierownika projektu w co najmniej 2 zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 700 000 zł brutto (słownie: siedemset tysięcy złotych) łącznie, w tym co najmniej jednym projekcie polegającym na dostawie, wdrożeniu i utrzymaniu e-usług i co najmniej jednym projekcie polegającym na wdrożeniu szpitalnego systemu informatycznego (HIS lub RIS)

## Dla części III

a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie **Prince Foundation** lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP (Project Management Professional) CPM, PMI, PMP, oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie w prowadzeniu projektów informatycznych na stanowisku kierownika wdrożenia, potwierdzone udziałem w roli kierownika projektu w co najmniej 3 zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 4 000 000 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) każde, w tym co najmniej jednym projekcie polegającym na dostawie, wdrożeniu i utrzymaniu e-usług i co najmniej dwóch projektach polegających na wdrożeniu szpitalnego systemu informatycznego (HIS);

## d) w odniesieniu do zarzutu nr 2:

- o modyfikację w § 10 ust. 1 zd.2 wzoru umowy (odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) poprzez przyjęcie następującego brzmienia § 10 ust. 1 zd.2 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V): „Jeżeli elementem Systemu miałyby być jakiegokolwiek utwory, co do których prawa autorskie przysługują osobom innym niż Wykonawca, Wykonawca albo oświadcza, że jest uprawniony do udzielania osobom trzecim licencji na te utwory w zakresie koniecznym dla wykonania Umowy oraz że na podstawie odpowiednich upoważnień udzielonych przez licencjodawcę utworów jest uprawniony do pobierania wynagrodzenia za udzielane przez licencjodawcę licencje, albo w przypadku, gdy Wykonawca nie jest uprawniony do udzielenia licencji osobom trzecim na te utwory w zakresie koniecznym dla wykonania Umowy, to Wykonawca zobowiązuje się działać jako pośrednik przy zawarciu umowy licencji z producentem oprogramowania lub zapewnić Zamawiającemu uprawnienia do korzystania oprogramowania na innej podstawie prawnej, z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy, nie później niż w terminie niezbędnym do prawidłowego wykonania umowy”;

e) w odniesieniu do zarzutu nr 3:

(1) w odniesieniu do zarzutu nr 3 lit a):

- modyfikację §12 ust. 7 zd. 2 wzoru umowy (w odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV) oraz §12 ust. 4 zd.2 (dla Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) i nadanie 12 ust. 7 zd. 2 wzoru umowy (w odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV) oraz §12 ust. 4 zd.2 (dla Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) następującego brzmienia: „Wynagrodzenie obejmuje w szczególności koszty dostawy Oprogramowania, instalacji i konfiguracji Systemu, wykonanie testów, wykonanie kompletnej dokumentacji, koszty podróży, instruktaży stanowiskowych udzielenie gwarancji i świadczenie serwisu gwarancyjnego na zasadach określonych w Umowie oraz wartość przekazywanych Zamawiającemu autorskich praw majątkowych, autorskich praw zależnych oraz uprawnień licencyjnych na polach eksploatacji wymienionych § 10 ust. 5 niniejszej umowy”;

(2) w odniesieniu do zarzutu nr 3 lit b):

- modyfikację § 3 ust. 9 wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V) i nadanie § 3 ust. 9 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V) i nadanie mu następującego brzmienia: „Jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu Umowy nastąpią zmiany w przepisach prawa mające zastosowanie do jakichkolwiek elementów przedmiotu Umowy, w tym do Oprogramowania lub Infrastruktury, Wykonawca zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 12 Umowy dostosować element(y) przedmiotu Umowy do nowych przepisów prawa. Jednakże, jeżeli przepisu inicjujące zmiany zostaną opublikowane na mniej niż 2 miesiące przed terminem odbioru umowy, to zmiany takie będą implementowane w okresie gwarancji, o której mowa w § 11 Umowy”;

(3) w odniesieniu do zarzutu nr 3 lit c):

- modyfikację w § 11 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I-IV) i nadanie mu następującego brzmienia: „Wskazane wyżej okresy gwarancji i sprawowania nadzoru autorskiego liczone będą: na dostarczoną w ramach Umowy Infrastrukturę (produkty Etapu nr 2) od dnia podpisania przez Strony protokołu Odbioru Etapu nr 2 bez Wad”;

f) w odniesieniu do zarzutu nr 4:

- usunięcie ze wzoru umowy § 12 ust. 15 umowy (odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I- IV) lub ewentualne ograniczenie jego zastosowania do okoliczności nie będących skutkiem braku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia,



przeprowadzonego za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniającego wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

g) w odniesieniu do zarzutu nr 5:

- modyfikację postanowień o których mowa w Rozdz. 3 ust. 8 SWZ poprzez usunięcie przedmiotowego wymagania lub wskazanie w sposób przejrzysty jakie kryteria, cechy i wymagania ma potwierdzać żądany przez Zamawiającego od wykonawców certyfikat oraz przez jaką jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, ma być taki dokument wydany;

h) w odniesieniu do zarzutu nr 6:

- modyfikację Rozdz. 4 ust. 1 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.”

ewentualnie: „Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie później niż do dnia 31.10.2023 r. W przypadku zawarcia umowy po 31.03.2023 Strony wiąże wyłącznie 9-miesięczny termin wykonania Umowy. Dla części V (ZCO – infrastruktura serwerowo-macierzowa) w terminie do 60 dni od daty zawarcia Umowy. Terminy poszczególnych etapów zgodnie ze wzorem umowy dla każdej części.”

- modyfikację § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika Nr 4 do SWZ dla Części I, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika nr 2 do SWZ dla Części II, § 5 ust. 1 -2 i ust. 4 wzoru umowy Załącznik n 4 do SWZ dla Części III, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV poprzez nadanie § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika Nr 4 do SWZ dla Części I, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika nr 2 do SWZ dla Części II, § 5 ust. 1 -2 i ust. 4 wzoru umowy Załącznik n 4 do SWZ dla Części III, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV następującego brzmienia:

„1. Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

2. Wykonawca będzie wykonywał prace przewidziane do realizacji Umowy maksymalnie w następujących terminach:

- 1) Etap nr 1- 30 dni od daty zawarcia Umowy,
- 2) Etap nr 2 - 60 dni od daty zawarcia Umowy,
- 3) Etap nr 3 – do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

3. Rozpoczęcie prac Etapu nr 2 – 3 może nastąpić po odbiorze Etapu nr 1.

4. Etap nr 4 – Wariant opcjonalny - W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie o tym fakcie w terminie do 30 dni od daty zawarcia Umowy. Zamówienie objęte opcją Wykonawca wykona, w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.”

ewentualnie:

„1. Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie później niż do dnia 31.10.2023 r. W przypadku zawarcia umowy po 31.03.2023 Strony wiąże wyłącznie 9-miesięczny termin wykonania Umowy.

2. W Wykonawca będzie wykonywał prace przewidziane do realizacji Umowy maksymalnie w następujących terminach:

- 1) Etap nr 1- 30 dni od daty zawarcia Umowy,
- 2) Etap nr 2 - 60 dni od daty zawarcia Umowy,
- 3) Etap nr 3 – do dnia 31.10.2023 r., z zastrzeżeniem § 5 ust. 1 zd. 2.

3. Rozpoczęcie prac Etapu nr 2 – 3 może nastąpić po odbiorze Etapu nr 1.

4. Etap nr 4 – Wariant opcjonalny - W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie o tym fakcie w terminie do 30 dni od daty zawarcia Umowy. Zamówienie objęte opcją Wykonawca wykona, w terminie do dnia 31.10.2023 r., z zastrzeżeniem § 5 ust. 1 zd. 2."

- i) w odniesieniu do zarzutu nr 7 a) modyfikację w § 8 ust. 5 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) i nadanie § 8 ust. 5 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) następującego brzmienia: „Zamawiający przekaze wykonawcy wnioskowane przez niego informacje niezbędne do opracowania analizy wdrożeniowej, jak również dokona akceptacji Analizy Przedwdrożeniowej w terminie do 7 dni od jej otrzymania od Wykonawcy. W przypadku braku akceptacji Analizy Przedwdrożeniowej przez Zamawiającego każda ze stron będzie mogła odstąpić od Umowy poprzez złożenie drugiej stronie w ciągu kolejnych 7 dni pisemnego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Akceptacja DAP warunkuje rozpoczęcie prac Wykonawcy związanych z realizacją Zamówienia” oraz dodanie w § 8 po ust. 5 kolejnego ustępu o (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) następującym brzmieniu:

„6. W przypadku braku pozytywnego odbioru Analizy Przedwdrożeniowej przez Zamawiającego każdej ze stron przysługuje prawo odstąpienia od umowy, przy czym żadnej ze stron w takim przypadku nie przysługuje prawo do naliczania kary umownej tytułem odstąpienia od umowy ani dochodzenia odszkodowania z tego tytułu.”

j)

- k) w odniesieniu do zarzutu nr 7 b) modyfikację § 3 ust. 6 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) poprzez przyjęcie następującego brzmienia: § 3 ust. 6 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V): „Zamawiający upoważnia

Wykonawcę do wykonywania niezbędnych czynności związanych z realizacją przedmiotu Umowy o ile nie polegają one na zaciąganiu zobowiązań w imieniu Zamawiającego.”;

- I) w odniesieniu do zarzutu nr 7 c) modyfikację § 15 ust. 6 pkt 4 oraz § 16 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V) poprzez usunięcie przedmiotowych postanowień z wzoru umowy;
- II. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

## **Interes Odwołującego i możliwość poniesienia szkody:**

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

## **Termin na wniesienie odwołania:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2 grudnia 2022 r. pod numerem: 2022/S 233-669657. SWZ oraz Ogłoszenie o zamówieniu zostały opublikowane przez Zamawiającego na platformie zakupowej również w dniu 2 grudnia 2022 r. Mając na względzie brzmienie art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, stanowiącego, że odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, 10-dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, upływa więc w dniu 12 grudnia 2022 r. Uznać zatem należy, że odwołanie wobec treści postanowień SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu zostało wniesione w terminie.

## **Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu:**

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania.

## **UZASADNIENIE**

- I. **Zarzut nr 1. dot. postawienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia Wykonawcy i doświadczenia zawodowego**

pracowników skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia

1. **Zarzut 1 lit. a) dotyczący Części II - Informatyzacja SZ Gruźlicy i Chorób Płuc w Koszalinie**
2. W Rozdziale 5 SWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 1 ppkt 2, lit. d) część II Zamawiający postawił wymagania, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: ... spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: ... d) zdolności technicznej lub zawodowej w tym: dla części II OPZ (strona 6 SWZ):
  - w zakresie doświadczenia Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaże, że:
    - a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 2 500 000 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również:
      - dostawa, wdrożenie i konfiguracja infrastruktury serwerowo-macierzowej,
      - dostawa i wdrożenie systemu e-Uслуг,
4. W opinii Odwołującego postawiony warunek udziału w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia Wykonawcy jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Dostawy o tak znaczącej wartości (2.500.000 zł) obejmujące na dodatek określoną specyfikację przedmiotową – tj. dostawę, wdrożenie i konfigurację infrastruktury serwerowo-macierzowej oraz dostawę wdrożenie systemu e-Uслуг mogły być dotychczas realizowane w największych w Polsce szpitalach – wojewódzkich, klinicznych, co znacząco ogranicza liczbę zamówień, które spełniają powyższe wymagania i listę wykonawców, którzy dysponują takim doświadczeniem. Na dodatek Zamawiający wymaga, by uczestnicy postępowania legitymowali się realizacją aż dwóch takich zamówień, co w sposób znaczący ogranicza konkurencję w niniejszym postępowaniu do bardzo wąskiej grupy potencjalnych wykonawców, a być może nawet do jednego z nich. Dodatkowym aspektem prowadzącym do ograniczenia konkurencji pozostaje fakt, że zamawiający najczęściej rozdziela przedmioty zamówienia obejmujące dostawę, wdrożenie i konfigurację infrastruktury serwerowo-macierzowej oraz dostawę wdrożenie systemu e-Uслуг do odrębnych postępowań, ponieważ rynek dostawców rozwiązań typu HIS jest w Polsce bardzo ograniczony (zaledwie kilka przedsiębiorstw) natomiast prace związane z dostarczaniem serwerów z macierzami świadczone są przez liczne podmioty, które są w stanie zapewnić odpowiednią konkurencję w zakresie przedmiotowych dostaw. W efekcie mając na uwadze postawione przez Zamawiającego wymagania w powiązaniu z koniecznością dysponowania aż dwoma takimi referencjami, ich spełnienie albo ograniczy liczbę potencjalnych wykonawców w przetargu do jednego lub dwóch, albo wymusi tworzenie egzotycznych konsorcjów, których jedynym celem będzie spełnienie nadmiarowych wymagań podmiotowych.



5. Co istotne w odniesieniu do jednego z kolejnych warunków udziału w postępowaniu, wskazanego w Rozdziale 5, pkt 1 ppkt 2, lit. d) część II lit. d) SWZ:
6. d) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości minimum: 130 000 zł brutto (słownie: sto trzydzieści tysięcy złotych) każde, uwzględniające w każdym zamówieniu co najmniej: wykonanie przebudowy bądź modernizacji serwerowni, z systemem klimatyzacji precyzyjnej, instalacją zabezpieczeń technicznych, systemem rozdzielnic elektrycznych i zasilania UPS.
7. które również ma charakter unikalny i ograniczony dla wąskiej grupy wykonawców, Zamawiający dopuścił wydłużenie do 5-ciu lat okresu, w ramach którego możliwe jest posłużenie się uzyskaną referencją. Tymczasem w odniesieniu do kwestionowanego warunku Zamawiający nie wprowadził żadnego wyjątku czy złagodzenia wymagań.
8. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację zaskarżonego warunku udziału, poprzez ograniczenie do jednej wymaganej liczby dostaw obejmujących „wdrożenie i konfigurację infrastruktury serwerowo-macierzowej”
9. **Zarzut 1 lit. b) dotyczący Części III - Informatyzacja SPZZOZ w Gryficach.**
10. W Rozdziale 5 SWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 1 ppkt 2, lit. d) część III Zamawiający postawił analogiczne wymagania jak opisane w pkt 2 - 8 niniejszego odwołania (różnica dotyczy tylko wartości zamówienia, które w przypadku części III została podwyższona do 4.000.000,00 zł brutto):
11. a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również\*:
  - dostawa, wdrożenie i konfiguracja infrastruktury serwerowo-macierzowej,
  - dostawa i wdrożenie systemu e-Uslug,
12. Warunki dla części III określają również analogiczny wyjątek jak wskazany w pkt 6 niniejszego odwołania, z wartości zamówienia podwyższoną do 250.000,00 zł.:
13. c) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości minimum: 250 000 zł\* brutto (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych) każde, uwzględniające w każdym zamówieniu co najmniej: wykonanie przebudowy bądź modernizacji serwerowni, z systemem klimatyzacji precyzyjnej, systemem gaszenia, systemem monitoringu parametrów środowiskowych, instalacją zabezpieczeń technicznych, systemem rozdzielnic elektrycznych i zasilania UPS.
14. W tym więc zakresie wszelkie zarzuty, argumenty i żądania podniesione w odniesieniu do zarzutu 1 a) pozostają w pełni aktualne w odniesieniu do opisanego wyżej wymagania.



15. **Zarzut 1 lit. c) dotyczący Części I - Informatyzacja SW im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie oraz części III - Informatyzacja SPZZOZ w Gryficach.**

16. W dalszej kolejności Zamawiający w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia postawił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, a co za tym idzie umożliwiających ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania jego zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a tym samym w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj.:

Dla części I:

- a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie PRINCE2 Practitioner lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP (Project Management Professional) oraz doświadczenie w prowadzeniu projektów informatycznych na stanowisku kierownika wdrożenia, potwierdzone udziałem w roli kierownika projektu w co najmniej 2 zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 700 000 zł brutto (słownie: siedemset tysięcy złotych) łącznie, w tym co najmniej jednym projekcie polegającym na dostawie, wdrożeniu i utrzymaniu e-usług i co najmniej jednym projekcie polegającym na wdrożeniu szpitalnego systemu informatycznego (HIS lub RIS),

dla części III:

17. - w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia:  
Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaze, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia, posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, wskazane poniżej, w tym:

- a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie PRINCE2 Practitioner lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP (Project Management Professional) CPM, PMI, PMP, oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie w prowadzeniu projektów informatycznych na stanowisku kierownika wdrożenia, potwierdzone udziałem w roli kierownika projektu w co najmniej 3 zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 4 000 000 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) każde, w tym co najmniej jednym projekcie polegającym na dostawie, wdrożeniu i utrzymaniu e-usług i co najmniej dwóch projektach polegających na wdrożeniu szpitalnego systemu informatycznego (HIS),

18. Przedmiotowe wymaganie zawiera wymóg posiadania certyfikatu na poziomie Practitioner.

19. Odwołujący przeczy, by dla prawidłowej realizacji zamówienia koniecznym było wykazanie przez kierownika/ koordynatora zespołu skierowanego przez Wykonawcę do realizacji umowy posiadanie certyfikatu PRINCE2 Practitioner lub równoważnego. Zamówienie objęte odwołaniem dotyczy szpitali, których skala działalności, obszar działania, liczba pacjentów nie uzasadniają posiadania przez kierownika zespołu wskazanych kompetencji. Odwołujący dodatkowo podaje, że żądanie Zamawiającego byłoby uzasadnione w projektach realizowanych w relacjach B2B w których strony biorą udział w kształtowaniu przedmiotu zamówienia. Niestety kompetencje te nie będą przydatne i będą mogły zostać wykorzystane w znikomym stopniu w umowie realizowanej w wyniku kontestowanego w odwołaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W nim zarówno przedmiot, jak i sposób jego wykonania właściwie są zdeterminowane i doświadczenie wyniesione z dobrych praktyk w zarządzaniu projektami nie przyniesie Zamawiającemu korzyści. Znacznie istotniejsze będą znajomość specyfiki ochrony zdrowia, sposobu jej finansowania, znajomość regulacji prawnych, którym podlega oraz również znajomość specyficznych uwarunkowań w samych podmiotach leczniczych: niedobory personelu medycznego i informatycznego, odmienne stanowiska istotnego personelu, konieczność

przedkładania dobra w postaci zdrowia i życia pacjenta nad zadania w projekcie informatycznym i wiele innych.

20. Przepis art. 112 ust. 1 Pzp wskazuje, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zasada proporcjonalności została uznana zresztą za jedną z naczelných zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych, według których zamawiający przygotowują i przeprowadzają postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 16 Pzp). W świetle powyższego, każdy warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy opisać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danego postępowania, w szczególności z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i specyfiki rynku, z którym zamówienie jest związane.
21. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2017 r. o sygnaturze akt: KIO 714/17 w sposób niezwykle precyzyjny wyjaśniono jak interpretować zasadę proporcjonalności w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jaki cel przyświecał ustawodawcy unijnemu, który wprowadził obowiązek stosowania tejże zasady w obrocie prawnym. Członkowie Izby wyjaśniali, że „zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C - 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono natomiast, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję (...). Z kolei w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na

konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania”.

22. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 czerwca 2017 r. o sygnaturze akt: KIO 1081/17, KIO 1084/17, KIO 1091/17 wskazuje na potrzebę wyważenia interesu Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia, z interesem Wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia: „ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji”.
23. Wobec powyższego, warunki dotyczące legitymowania się przez Wykonawcę określonym doświadczeniem, skonstruowane w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego, naruszają zasady uczciwej konkurencji oraz są sprzeczne z art. 112 ust. 1 Pzp, ponieważ nie służą dokonywaniu rzeczywistej oceny minimalnych zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Powyższe oznacza, że pozostawienie dotychczasowych wymagań w konsekwencji może prowadzić do odrzucenia z postępowania, w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp, oferty Wykonawców, którzy posiadają doświadczenie umożliwiające zrealizowanie zamówienia w sposób należyty.
24. Wraz z zarzutem został skorelowany wniosek o modyfikację warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nadanie mu następującego brzmienia:
- w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia:
- Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaze, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia, posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, wskazane poniżej, w tym:*

## Dla części I

a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie **Prince Foundation** lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP (Project Management Professional) oraz doświadczenie w prowadzeniu projektów informatycznych na stanowisku kierownika wdrożenia, potwierdzone udziałem w roli kierownika projektu w co najmniej 2 zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 700 000 zł brutto (słownie: siedemset tysięcy złotych) łącznie, w tym co najmniej jednym projekcie polegającym na dostawie, wdrożeniu i utrzymaniu e-usług i co najmniej jednym projekcie polegającym na wdrożeniu szpitalnego systemu informatycznego (HIS lub RIS),

## Dla części III

a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie **Prince Foundation** lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP (Project Management Professional) CPM, PMI, PMP, oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie w prowadzeniu projektów informatycznych na stanowisku kierownika wdrożenia, potwierdzone udziałem w roli kierownika projektu w co najmniej 3 zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 4 000 000 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) każde, w tym co najmniej jednym projekcie polegającym na dostawie, wdrożeniu i utrzymaniu e-usług i co najmniej dwóch projektach polegających na wdrożeniu szpitalnego systemu informatycznego (HIS).

- II. **Zarzut 2 dot. ukształtowania treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa poprzez zobowiązanie Wykonawcy we wzorze umowy do udzielenia licencji na utwory, co do których prawa autorskie przysługują podmiotom innym niż Wykonawca.**
25. W § 10 ust. 1 zd.2 wzoru umowy (odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) wskazane zostało, iż:
26. „Jeżeli elementem Systemu miałyby być jakiegokolwiek utwory, co do których prawa autorskie przysługują osobom innym niż Wykonawca, Wykonawca oświadcza, że jest uprawniony do udzielania osobom trzecim licencji na te utwory w zakresie koniecznym dla wykonania Umowy oraz że na podstawie odpowiednich upoważnień udzielonych przez licencjodawcę utworów jest uprawniony do pobierania wynagrodzenia za udzielane przez licencjodawcę licencje.”
27. Odwołujący podnosi, iż w ramach wykonania przedmiotu zamówienia – informatyzacji 4 szpitali w województwie zachodniopomorskim będzie wymagało implementacji różnorodnego oprogramowania informatycznego produkowanego przez wielu producentów. Wykonawca będzie w zakresie części oprogramowania uprawniony do udzielenia licencji na korzystanie z oprogramowania jako podmiot autorskich praw majątkowych lub licencjobiorca uprawniony do



udzielenia sublicencji. Natomiast Odwołujący nie będzie mógł zagwarantować, że w odniesieniu do każdego oprogramowania, które mógłby dostarczyć Zamawiającemu byłby uprawniony do udzielenia licencji lub sublicencji. W odniesieniu do części oprogramowania Odwołujący mógłby działać jako podmiot pośredniczący przy zawarciu umowy licencyjnej i zobowiązałby się do doprowadzić do zawarcia umowy licencyjnej z producentem oprogramowania, z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy, nie później niż w terminie niezbędnym do prawidłowego wykonania umowy. Ponadto kwestionowany zapis umowy wyklucza zastosowanie innych mechanizmów prawnych zapewnienia możliwości korzystania z oprogramowania, jak konstrukcję legalnego użytkownika czy korzystanie z oprogramowania na podstawie pełnomocnictwa.

28. Natomiast obecne zapisy wzoru umowy uniemożliwiają złożenie oferty podmiotom, które tak jak Odwołujący nie będą w stanie udzielić licencji na każde oprogramowanie, które miałyby dostarczyć Zamawiającemu, ale jednocześnie mogą zapewnić prawo do korzystania z takiego oprogramowania na innej podstawie prawnej. Ograniczenie wykonawcom możliwości zapewnienia praw do oprogramowania tylko do jednego modelu prowadzi do naruszenia zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
29. Wraz z zarzutem zostały skorelowane wnioski o modyfikację w § 10 ust. 1 zd.2 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) poprzez przyjęcie następującego brzmienia § 10 ust. 1 zd.2 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V): „Jeżeli elementem Systemu miałyby być jakiekolwiek utwory, co do których prawa autorskie przysługują osobom innym niż Wykonawca, Wykonawca **albo** oświadcza, że jest uprawniony do udzielania osobom trzecim licencji na te utwory w zakresie koniecznym dla wykonania Umowy oraz że na podstawie odpowiednich upoważnień udzielonych przez licencjodawcę utworów jest uprawniony do pobierania wynagrodzenia za udzielane przez licencjodawcę licencje, albo w przypadku, gdy Wykonawca nie jest uprawniony do udzielenia licencji osobom trzecim na te utwory w zakresie koniecznym dla wykonania Umowy, to Wykonawca zobowiązuje się działać jako pośrednik przy zawarciu umowy licencji z producentem oprogramowania lub zapewnić Zamawiającemu uprawnienia do korzystania oprogramowania na innej podstawie prawnej, z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy, nie później niż w terminie niezbędnym do prawidłowego wykonania umowy”.
- III. **Zarzut nr 3 dot. wzoru umowy, gdzie część postanowień została określona w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także ze sobą sprzecznych, ponadto nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę**
30. Wzór umów zawiera kilka sprzeczności, niejednoznaczności oraz braków, które uzasadniają następujące zarzuty:



31. **W zakresie zarzutu numer 3 lit. a)** należy wskazać, że w § 10 ust. 5 wzoru umowy (odpowiednio w każdym Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I-V) przewidziano, że Zamawiającemu przekazywane są uprawnienia na enumeratywnie w tym ustępie wymienionych polach eksploatacji, zaś §12 ust. 7 zd. 2 wzoru umowy (odpowiednio w: Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I-IV) i §12 ust. 4 zd.2 (dla Załącznika nr 4 do SWZ dla Części V), gdzie wskazane zostało, że Zamawiającemu przekazywane są uprawnienia licencyjne na wszystkich polach eksploatacji. Druga z wymienionych regulacji narusza regulację art. 41 ust. 2. ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którym umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej "licencją", obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione.
32. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację §12 ust. 7 zd. 2 umowy (odpowiednio w: Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I-IV) i §12 ust. 4 zd.2 (dla Załącznika nr 4 do SWZ dla Części V) i §12 ust. 4 zd.2 (dla Załącznika nr 4 do SWZ dla Części V) wzoru umowy poprzez przyjęcie następującego brzmienia: „Wynagrodzenie obejmuje w szczególności koszty dostawy Oprogramowania, instalacji i konfiguracji Systemu, wykonanie testów, wykonanie kompletnej dokumentacji, koszty podróży, instruktaży stanowiskowych udzielenie gwarancji i świadczenie serwisu gwarancyjnego na zasadach określonych w Umowie oraz wartość przekazywanych Zamawiającemu autorskich praw majątkowych, autorskich praw zależnych oraz uprawnień licencyjnych na polach eksploatacji wymienionych § 10 ust. 5 niniejszej umowy”.
33. **W zakresie zarzutu nr 3 b)** Odwołujący zarzuca, iż § 3 ust. 9 wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I-V) jest sformułowany zbyt ogólnikowo i nie uwzględnia, iż z racji częstotliwości zmian przepisów prawnych wskazane jest, by część zmian, które mają stanowić implementację przepisów uchwalonych w okresie poprzedzającym termin odbioru umowy mogły być implementowane w okresie gwarancji. Przedmiotowe postanowienie stanowi jedynie, że „9. Jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu Umowy nastąpią zmiany w przepisach prawa mające zastosowanie do jakichkolwiek elementów przedmiotu Umowy, w tym do Oprogramowania lub Infrastruktury, Wykonawca zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 12 Umowy dostosować element(y) przedmiotu Umowy do nowych przepisów prawa.” Przedmiotowe postanowienie nie uwzględnia jest faktu, że zmiany przepisów następują niezwykle często, co prowadziłoby do sytuacji, w której termin wykonania zamówienia ulegałby ciągłemu przesunięciu, uniemożliwiając wykonawcy zakończenie realizacji projektu. Dlatego w ocenie Odwołującego konieczne jest wskazanie okresu, po upływie którego ewentualne zmiany przepisów nie hamowałyby odbioru przedmiotu zamówienia i mogły zostać zrealizowane po tym odbiorze, w ramach np. świadczeń gwarancyjnych.
34. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację § 3 ust. 9 wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V) i nadanie § 3 ust. 9 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V) następującego brzmienia: „Jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu Umowy nastąpią zmiany w przepisach prawa mające zastosowanie do jakichkolwiek elementów przedmiotu Umowy, w tym do Oprogramowania lub Infrastruktury, Wykonawca

*zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 12 Umowy dostosować element(y) przedmiotu Umowy do nowych przepisów prawa. Jednakże, jeżeli przepisu inicjujące zmiany zostaną opublikowane na mniej niż 2 miesiące przed terminem odbioru umowy, to zmiany takie będą implementowane w okresie gwarancji, o której mowa w § 11 Umowy”.*

35. **W zakresie zarzutu 3 c)** Odwołujący zarzuca błędne oznaczenie w § 11 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I-IV), że „Wskazane wyżej okresy gwarancji i sprawowania nadzoru autorskiego liczone będą: na dostarczoną w ramach Umowy Infrastrukturę (produkty Etapu nr 2) od dnia podpisania przez Strony protokołu Odbioru Etapu nr 3 bez Wad”, kiedy to prawidłowo wskazany punkt powinien mieć brzmienie: „Wskazane wyżej okresy gwarancji i sprawowania nadzoru autorskiego liczone będą: na dostarczoną w ramach Umowy Infrastrukturę (produkty Etapu nr 2) od dnia podpisania przez Strony protokołu Odbioru Etapu nr 2 bez Wad”; powyższa rozbieżność narusza zasadę przejrzystości postępowania, stąd wniosek o jej modyfikację jest uzasadniony.

**IV. Zarzut nr 4 dot. wzoru umowy – a to nieprecyzyjnego zapisu, zgodnie z którym Wykonawca może bezzasadnie być pozbawiony uprawnienia do uzyskania podwyższenia wynagrodzenia, gdy zdaniem Zamawiającego nie doszacował, pominął lub nie dokonał prawidłowej oceny zakresu przedmiotu zamówienia**

36. Zamawiający we wzorze umowy - § 12 ust. 15 wskazał, że „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania podwyższenia wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu”.
37. Zgodnie z treścią wzoru umowy wynagrodzenie przysługujące z tytułu wykonania Umowy Wykonawcy zostało skonstruowane jako wynagrodzenie ryczałtowe. Dodatkowo w § 13 ust. 4 i ust. 7 wzoru umowy uregulowane zostały przypadki uzasadniające podwyższenie wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku m.in. wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy oraz w przypadku wydłużenia okresu realizacji umowy powyżej 12 miesięcy w zakresie wynagrodzenia należnego pracownikom Wykonawcy.
38. Natomiast bardzo ogólny zapis § 12 ust. 15 wzoru umowy może potencjalnie być wykorzystany przeciwko Wykonawcy, gdy żądanie podwyższenia wynagrodzenia zgłoszone przez Wykonawcę motywowane jest zaistnieniem zdarzeń zewnętrznych, niezależnych od stron, których Wykonawca nie był w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy.
39. Zgodnie z art. 632 § 1. k.c. jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zasadą jest niezmiennosc wynagrodzenia ryczałtowego, nawet jeśli w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. Jednakże zachowującym nadal aktualność wyroku KIO z dnia 9 maja 2012 r., sygn. akt KIO 809/12 wskazano, że ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący,

uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ponadto obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie p.z.p. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia niezgodnego z pzp.

40. Wybrany w postępowaniu Wykonawca, w razie podpisania umowy w oparciu o załączony do SWZ wzór umowy mógłby ponosić ryzyko braku zapłaty, gdyby w trakcie realizacji umowy pojawiła się konieczność wykonania dodatkowych prac, których realizacja jest konieczna dla wykonania umowy, a które nie były przewidziane w SWZ.
41. W wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 r., V ACa 181/14, Sąd Apelacyjny w Gdańsku zwrócił uwagę, że obowiązkiem inwestora jest przedstawienie wykonawcy „w rzetelny sposób okoliczności, które mają znaczenie dla treści zawieranej umowy i obowiązków jej stron. Nie ma przy tym znaczenia, że umowę zawiera się w trybie ustawy Prawo Zamówień Publicznych, gdyż jej przepisy w żadnej mierze nie zwalniają z tego obowiązku kontraktujących stron. Wręcz przeciwnie, nakładają na zamawiającego szereg obowiązków związanych z przygotowaniem materiałów przetargowych, mających zapewnić rzetelność i przejrzystość czynności związanych z zawarciem umowy. Jednym z istotnych elementów w procesie przetargowym, który zresztą pozwany za taki uznał, jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w której określono przedmiot zamówienia i warunki jego realizacji. To właśnie dlatego, że pozwany nierzetelnie i niedbale przedstawił przyszłym kontrahentom warunki przyszłej umowy, których nie mieli podstaw kwestionować, także z uwagi na charakter SIWZ w procedurze przetargowej, doszło do przedstawienia przez powoda oferty niezgodnej z rzeczywistym i koniecznym zakresem robót, chociaż zgodnej z założeniami podanymi mu we wspomnianych SIWZ i w efekcie zawarcia niekorzystnej dla niego umowy. Wspomniana SIWZ stanowiła integralną część przyszłej umowy i była koniecznym i wiążącym elementem postępowania o zamówienie publiczne, co wynika z czynności przetargowych i znalazło swoje odzwierciedlenie w treści umowy zawartej (...) (§ 1 ust. 2 pkt 1 umowy)”.
42. Sąd Apelacyjny zwrócił również uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacja istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) wyznacza wykonawcy „zakres robót, który stał się podstawą dla ustalenia ceny za wykonane prace. Przedstawienie przez zamawiającego w sposób nierzetelny zakresu robót, które mają być wykonane (ich przedmiar) w powiązaniu z umówionym ich zakresem (przełożenie dachówki na całym budynku (...) w T.) było nierzetelnym postępowaniem zamawiającego powodującym niemożność dokonania oceny niezbędnych kosztów wykonania inwestycji i w efekcie prowadzącym do zaoferowania przez wykonawcę ceny nieadekwatnej do rzeczywistych kosztów wykonania prac.” W ocenie Sądu Apelacyjnego art. 632 § 1 k.c. wprowadzie wyklucza co do zasady możliwość podwyższenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, to jednak nie dotyczy takiej sytuacji, kiedy zamawiający wprowadza w błąd drugą stronę co do istotnych dla kontraktowania okoliczności, jak w tym przypadku co do powierzchni dachu, który miał być przełożony. „Wspomniany rygor z art. 632 § 1 k.c. dotyczy bowiem tylko takich sytuacji, kiedy wykonawca miał możliwość oceny zakresu robót i powinien był, zważywszy jego profesjonalizm, przewidzieć koszty robót i konieczne czynności dla ich wykonania. To założenie odnosi się do typowych sytuacji i nie obejmuje nierzetelnego postępowania zamawiającego, który wprowadził w błąd

wykonawcę uniemożliwiając mu prawidłowe oszacowanie zakresu i niezbędnych kosztów robót. Niemożność zmiany umówionego wynagrodzenia ryczałtowego ogranicza się zatem do sytuacji, w których wykonawca dysponujący rzetelną informacją na temat zakresu i charakteru robót wadliwie oszacował zakres koniecznych czynności, konieczne koszty ich wykonania i w konsekwencji wartość robót, którą strony umówiły w ramach ryczałtowego wynagrodzenia.”

43. Wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć możliwość rzetelnej oceny zakresu prac i tym samym prawidłowej, odpowiadającej temu zakresowi, oceny wysokości wynagrodzenia.
44. Wykonawcy należy się wynagrodzenie za wykonane prace, których zakresu nie mógł przewidzieć z uwagi na postępowanie zamawiającego, a więc z przyczyn od siebie niezależnych i tym samym nie objętych art. 632 § 1 k.c.
45. Odwołujący wnosi zatem w odniesieniu do zarzutu nr 4 o usunięcie ze wzoru umowy § 12 ust. 15 umowy (odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I- IV) lub ewentualne ograniczenie jego zastosowania do okoliczności nie będących skutkiem braku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, przeprowadzonego za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniającego wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

**V. Zarzut nr 5 dot. postawienia wymogu przedstawienia dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postaci wymogu przedstawienia przez wykonawców bliżej nieokreślonego certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych , o którym mowa w Rozdz. 3 ust. 8 Specyfikacji Warunków Zamówienia.**

46. Zamawiający w Rozdziale 3 ust. 8 SWZ przewidział, że jako dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga od wykonawców przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Przedmiotowe wymaganie nie zostało doprecyzowane na tyle, by na jego podstawie możliwe było określenie jakiego konkretnie dokumentu oczekuje Zamawiający.
47. Niezbędnym warunkiem wymagania przez Zamawiającego certyfikatu lub sprawozdania z badań powinno być dokonanie stosownego opisu: wymagań, cech lub kryteriów dla opisu przedmiotu

zamówienia, kryteriów oceny ofert, bądź wymagań związanych z ich realizacją, które to środki dowodowe mają potwierdzać. Nie jest zatem dopuszczalne zarówno żądanie tych środków dowodowych od wykonawcy w okolicznościach, gdy nie wykazano w sposób przejrzysty, jakie cechy, kryteria, wymagania mają one potwierdzać<sup>1</sup>.

48. Zamawiający, poza ogólnikowym nałożeniem w SWZ na wykonawców obowiązku przedłożenia certyfikatu lub sprawozdania z badań zaniechał uszczegółowienia jakie certyfikaty, bądź badania mają być przedłożone, co te certyfikaty, bądź badania mają potwierdzać, oraz przez jaką jednostkę przedmiotowe certyfikaty bądź badania mają być wydane, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu i innym wykonawcom zadośćuczynienie nałożonemu wymogowi.

49. Z przedmiotowym zarzutem został skorelowany wniosek o modyfikację postanowień o których mowa w Rozdz. 3 ust. 8 SWZ poprzez usunięcie przedmiotowego wymagania lub wskazanie w sposób przejrzysty jakie kryteria, cechy i wymagania ma potwierdzać żądany przez Zamawiającego od wykonawców certyfikat oraz przez jaką jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, ma być taki dokument wydany.

VI. Zarzut nr 6 dot. wskazanie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia w Rozdziale 4 ust. 1 SWZ, a także następczo kolejno we wzorach umów: § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika Nr 4 do SWZ dla Części I, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika nr 2 do SWZ dla Części II, § 5 ust. 1 -2 i ust. 4 wzoru umowy Załącznik n 4 do SWZ dla Części III, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, na skutek podania terminu realizacji wyrażonego przez podanie konkretnej daty, tj. do dnia 31 października 2023 r.

50. Zgodnie z Rozdziałem 4 SWZ:

51. **Rozdział 4: Termin wykonania zamówienia**

1. Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie później niż do dnia 31.10.2023 r. Dla części V (ZCO – infrastruktura serwerowo-macierzowa) w terminie do 60 dni od daty zawarcia Umowy. Terminy poszczególnych etapów zgodnie ze wzorem umowy dla każdej części.

52. Z przedmiotowym postanowieniem skorelowany jest § 5 wzoru umowy:

53. **„§ 5. Etapy i terminy realizacji prac**

54. 1. Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie później niż do dnia 31.10.2023 r.

55. 2. Wykonawca będzie wykonywał prace przewidziane do realizacji Umowy maksymalnie w następujących terminach:

56. 1) Etap nr 1- 30 dni od daty zawarcia Umowy,

<sup>1</sup> Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021



57. 2) *Etap nr 2 - 60 dni od daty zawarcia Umowy,*
58. 3) *Etap nr 3 – do dnia 31.10.2023 r.*
59. 3. *Rozpoczęcie prac Etapu nr 2 – 3 może nastąpić po odbiorze Etapu nr 1.*
60. 4. *Etap nr 4 – Wariant opcjonalny - W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie o tym fakcie w terminie do 30 dni od daty zawarcia Umowy. Zamówienie objęte opcją Wykonawca wykona, w terminie do dnia 31.10.2023 r.”*
61. Postanowienie wzoru umowy wskazuje zatem, że przedmiot zamówienia ma zostać zrealizowany w ciągu 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie później niż do konkretnego dnia (do konkretnej daty), tj. do dnia 31 października 2023 r. Zgodnie z treścią SWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający wskazuje w SWZ, że planuje otwarcie złożonych ofert 4.01.2023 r., zatem by wybrany Wykonawca rzeczywiście miał 9 miesięcy na ukończenie zamówienia, to umowa powinna z nim zostać zawarta przez Zamawiającego do dnia 31.01.2023 r.
62. W istocie Zamawiający przewidział zbyt mało czasu na przeprowadzenie postępowania, by zapewnić wykonawcom 9 miesięcy na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego. W świetle wskazanych w pkt 62 niniejszego pisma terminów, Zamawiający przewidział mniej niż miesiąc na wszystkie czynności niezbędne do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy. Nie ma przy tym pewności, jeżeli dojdzie do wyboru najkorzystniejszej oferty, że czynność ta nie zostanie zaskarżona do Krajowej Izby Odwoławczej, a zatem zawarcie umowy, po przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania w terminie do 31.01.2023 r. jest praktycznie niemożliwe, albowiem sam termin na wniesienie odwołania i jego rozpatrzenie przez Krajową Izbę zajmie tyle czasu, ile Zamawiający przewidział na przeprowadzenie wszystkich czynności po złożeniu ofert. Oznacza to, że Wykonawca składając ofertę nie jest w stanie przewidzieć czy będzie miał czas na terminowe wykonanie przedmiotu umowy, ponieważ nie wiadomo kiedy dokładnie umowa zostanie zawarta.
63. Żeby zapobiec właśnie takim sytuacjom do ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzono przepis, który stanowi, że umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną (vide art. 436 pkt 1 Pzp). M. Jaworska wskazuje, że „Każda umowa powinna określać planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Zasadą jest określanie tych terminów w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia. Wskazanie terminu wykonania umowy przez określenie konkretnej daty jest możliwe tylko w przypadkach uzasadnionych obiektywną przyczyną, np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE”<sup>2</sup>. Zamawiający przy

---

<sup>2</sup> M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, rok. 2022, wyd. 3.

określeniu terminu nie wskazał na żadną szczególną sytuację, która usprawiedliwiłaby przyjęty termin realizacji, wobec czego proponowane postanowienie jest niezgodne z cytowanym przepisem ustawy.

64. Nie ulega żadnej wątpliwości, że wprowadzenie terminu poprzez oznaczenie końcowej daty na wykonanie zamówienia stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego na skutek wprowadzenia niemożliwego do dotrzymania terminu na realizację zamówienia, wobec czego Odwołujący składa wniosek o:
65. - modyfikację Rozdz. 4 ust. 1 SWZ poprzez nadanie Rozdz. 4 ust. 1 SWZ nadanie nastęgo brzmienia:
66. *„Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.”*  
*ewentualnie: „Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie później niż do dnia 31.10.2023 r. W przypadku zawarcia umowy po 31.03.2023 Strony wiąże wyłącznie 9-miesięczny termin wykonania Umowy. Dla części V (ZCO – infrastruktura serwerowo-macierzowa) w terminie do 60 dni od daty zawarcia Umowy. Terminy poszczególnych etapów zgodnie ze wzorem umowy dla każdej części.”*
67. - modyfikację § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika Nr 4 do SWZ dla Części I, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika nr 2 do SWZ dla Części II, § 5 ust. 1 -2 i ust. 4 wzoru umowy Załącznik n 4 do SWZ dla Części III, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV poprzez nadanie § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika Nr 4 do SWZ dla Części I, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika nr 2 do SWZ dla Części II, § 5 ust. 1 -2 i ust. 4 wzoru umowy Załącznik n 4 do SWZ dla Części III, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV następującego brzmienia:
68. *„1. Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.*
69. *2. W Wykonawca będzie wykonywał prace przewidziane do realizacji Umowy maksymalnie w następujących terminach:*
70. *1) Etap nr 1- 30 dni od daty zawarcia Umowy,*
71. *2) Etap nr 2 - 60 dni od daty zawarcia Umowy,*
72. *3) Etap nr 3 – do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.*
73. *3. Rozpoczęcie prac Etapu nr 2 – 3 może nastąpić po odbiorze Etapu nr 1.*
74. *4. Etap nr 4 – Wariant opcjonalny - W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie o tym fakcie w terminie do 30 dni od daty zawarcia Umowy. Zamówienie objęte opcją Wykonawca wykona, w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.”*
75. ewentualnie:

76. „1. Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie później niż do dnia 31.10.2023 r. W przypadku zawarcia umowy po 31.03.2023 Strony wiąże wyłącznie 9-miesięczny termin wykonania Umowy.
77. 2. W Wykonawca będzie wykonywał prace przewidziane do realizacji Umowy maksymalnie w następujących terminach:
78. 1) Etap nr 1- 30 dni od daty zawarcia Umowy,
79. 2) Etap nr 2 - 60 dni od daty zawarcia Umowy,
80. 3) Etap nr 3 – do dnia 31.10.2023 r., z zastrzeżeniem § 5 ust. 1 zd. 2.
81. 3. Rozpoczęcie prac Etapu nr 2 – 3 może nastąpić po odbiorze Etapu nr 1.
82. 4. Etap nr 4 – Wariant opcjonalny - W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie o tym fakcie w terminie do 30 dni od daty zawarcia Umowy. Zamówienie objęte opcją Wykonawca wykona, w terminie do dnia 31.10.2023 r., z zastrzeżeniem § 5 ust. 1 zd. 2."

**VII. Zarzut nr 7 a) dot. ukształtowania treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek przyjęcie w § 8 ust. 5 wzoru umowy, iż „Akceptacja DAP warunkuje rozpoczęcie prac Wykonawcy związanych z realizacją Zamówienia.**

83. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału I ust. 8 pkt 4 OPZ:
84. 1. Analiza Przedwdrożeńiowa obejmuje czynności do wykonania przez Wykonawcę mające na celu analizę środowiska biznesowego i informatycznego Zamawiającego. W wyniku przeprowadzenia Analizy Przedwdrożeńiowej Wykonawca przedstawi Zamawiającemu Dokumentację Analizy Przedwdrożeńiowej (zwana dalej DAP), na podstawie której organizacyjnie i technicznie będzie realizowany przedmiot zamówienia. DAP będzie podlegała uzgodnieniu i akceptacji Zamawiającego.

85. 2. DAP musi zawierać w szczególności:

86. **Zawartość Dokumentacji Analizy Przedwdrożeńiowej DAP**

87. **1. Wymagane dane w zakresie SSI:**

88. 1) wykaz oraz szczegółowy opis i harmonogram budowy SSI,
89. 2) architektura SSI,
90. 3) analiza migracji danych oraz opis sposobu migracji – jeżeli dotyczy,

- 91. 4) *przygotowanie planu modernizacji sieci teleinformatycznej,*
- 92. 5) *przygotowanie planu instalacji i konfiguracji sprzętu sieciowego,*
- 93. 6) *przygotowanie planu instalacji Infrastruktury serwerowej z uwzględnieniem rozmieszczenia sprzętu w lokalizacjach Zamawiającego,*
- 94. 7) *przygotowanie planu instalacji macierzy dyskowych,*
- 95. 8) *jednoznacznie określone założenia integracji z innymi systemami informatycznymi, które posiada Zamawiający,*
- 96. 9) *plan pracy na dalsze etapy Wdrożenia,*
- 97. 10) *plan migracji danych z SSI, który posiada Zamawiający – jeżeli dotyczy,*
- 98. 11) *szczegółowa specyfikacja oprogramowania objętego zakresem umowy,*
- 99. 12) *wykaz oraz szczegółowy opis i harmonogram niezbędnych prac konfiguracyjnych,*
- 100. 13) *ustawienia konfiguracyjne urządzeń i oprogramowania wchodzących w skład SSI,*
- 101. 14) *propozycje scenariuszy testowych uwzględniających zakres czynności operacyjnych, które należy wykonać w celu potwierdzenia, że wskazane wymagane funkcjonalności zostały prawidłowo skonfigurowane i działają zgodnie z opisami procesów,*
- 102. 15) *harmonogram instruktażu personelu oraz administratorów SSI.*

103. **2. Wymagane dane ZARZĄDCZE:**

104. *plan i sposób komunikacji Stron.*

105. **3. Wymagane dane dotyczące INFRASTRUKTURY SERWEROWEJ, SIECIOWEJ I KOMPUTEROWEJ:**

106. *podział przedmiotu zamówienia na Produkty, a następnie ich pogrupowanie w Komponenty,*
107. *analiza wymagań przedmiotu zamówienia zawierająca opis sposobu realizacji wymagań, sposób testowania i odbioru,*
108. *karty katalogowe urządzeń potwierdzające spełnienie wymagań,*
109. *plan dostaw,*
110. *opis prac modernizacji sieci teleinformatycznej,*
111. *opis instalacji i wdrożenia oprogramowania wdrażanego wraz z Infrastrukturą serwerową,*
112. *opis modernizacji i budowy Infrastruktury serwerowej, sieciowej oraz komputerowej,*

113. *lista Komponentów, które będą podlegały osobnym odbiorom – jeżeli dotyczy,*
114. *szczegółowy zakres i zawartość pozostałej Dokumentacji.*
115. Na wstępie Odwołujący informuje, że nie odnajduje w dokumentacji postępowania deklaracji Zamawiającego co do przekazania wykonawcy danych i informacji niezbędnych do opracowania DAP. Odwołujący pragnie podkreślić, że analiza przedwdrożeniowa jest wstępnym, ale bardzo istotnym dokumentem, ponieważ stanowi swoisty drogowskaz dla dalszych działań, które będzie musiał podjąć Wykonawca. Celem analizy przedwdrożeniowej jest określenie, jakie procesy biznesowe będą wchodziły w skład systemu informatycznego i w jaki sposób będą przez niego wspierane oraz dokładne uszczegółowienie zakresu wdrożenia i podanie jego granic. Powstały w wyniku analizy Dokument Analizy Przedwdrożeniowej obejmuje szczegółową koncepcję zintegrowanego systemu informatycznego opracowaną w formie pisemnego dokumentu. Ponadto obejmuje analizę funkcjonalną i strukturalną systemu wraz ze schematami przepływu informacji między modułami. W skład tego dokumentu wchodzi również specyfikacja konfiguracji i analiza migracji danych z obecnych systemów oraz analizę sprzętową.
116. Istotą analizy przedwdrożeniowej jest zdiagnozowanie aktualnych procesów u Zamawiającego, ale też wypracowanie nowych procesów. Co istotne zebrane informacje mogą wpływać na specyfikację funkcjonalną wdrażanego systemu, wprowadzać terminy wzajemnych zobowiązań stron, zmieniając tym samym OPZ. Wszystkie podejmowane działania mają na celu realizację wdrożenia (przedmiotu zamówienia), jednakże zdarza się, że sposób dojścia do efektu będzie różnił się od wymagań przyjętych przez Zamawiającego w OPZ. Podczas trwania analizy może dojść do ustalenia, że należy stworzyć nowe funkcjonalności, bądź dane funkcjonalności muszą zostać koniecznie zmienione, rozszerzone, usunięte, itd., by przedmiot umowy był zgodny z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Warto sobie uświadomić, że w wymiarze materialnym dokument analizy przedwdrożeniowej to często materiał o rozpiętości kilkukrotnie przewyższającej dokumentację postępowania. Analiza spójności oraz konfrontacja z przedmiotem zamówienia informacji i danych potrzebnych do jej opracowania to materiał na wiele tomów.
117. Analiza będzie obejmowała czynności zmierzające do ustalenia środowiska biznesowego i informatycznego u Zamawiającego. W wyniku przeprowadzenia Analizy przedwdrożeniowej Wykonawca będzie przedstawiał Zamawiającemu produkt jakim jest analiza, na podstawie której będzie realizowane wdrożenie, czyli przedmiot zamówienia, dlatego też analiza powinna podlegać stałym uzgodnieniom Stron, a na koniec powinna zostać zaakceptowana przez Zamawiającego, ponieważ to analiza stanowi punkt wyjściowy do realizacji wdrożenia, które następnie będzie odbierane przez Zamawiającego. Jeżeli odbiór analizy zostanie pominięty, to na dalszym etapie umowy może dochodzić do sytuacji spornych między Wykonawcą, a Zamawiającym, co do zakresu objętego umową, co na koniec może doprowadzić nawet do fiaska całego projektu. Dlatego mając na uwadze przede wszystkim należyte wykonanie umowy za zasadne należy uznać by umowa przewidywała odbiór analizy przedwdrożeniowej.
118. Przygotowanie poprawnej dokumentacji analizy przedwdrożeniowej ma zatem fundamentalne znaczenie dla prawidłowego wykonania Umowy. Zresztą Zamawiający we wzorze Umowy ( § 8 ust. 5) wskazuje, że akceptacja DAP warunkuje rozpoczęcie prac Wykonawcy związanych z



realizacją Zamówienia. Zamawiający wskazuje, że rozpoczęcie prac wymaga akceptacji DAP, natomiast wzór umowy nie przewiduje, konsekwencji braku akceptacji przez Zamawiającego przedłożonego przez Wykonawcę DAP-a/, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości.

119. To właśnie z uwagi na dużą wagę Analizy przedwdrożeniowej, która stanowi początkowy etap realizacji umowy, jednakże o fundamentalnym znaczeniu dla powodzenia projektu, za celowe i właściwie niezbędne do należytego zrealizowania umowy uznać należy uregulowanie w Umowie by Analiza przedwdrożeniowa również była objęta odbiorem, tj. odbiorem częściowym, tego konkretnego produktu. Z uwagi na zmiany wymagań, na które może wskazywać Analiza przedwdrożeniowa, do umowy powinien zostać wprowadzony mechanizm, który zapewni Stronom możliwość odstąpienia od umowy, w przypadku, gdy Analiza przedwdrożeniowa nie zostanie zaakceptowana przez Zamawiającego (produkt nie zostanie odebrany). Zamawiający w przypadku odstąpienia od umowy, w takiej sytuacji, nie powinien mieć prawa do naliczania kary umownej tytułem odstąpienia od umowy, bowiem wynik przeprowadzonej Analizy przedwdrożeniowej nie może zostać uznany za przyczynę leżącą po stronie Wykonawcy.
120. Wobec powyższego z zarzutem został powiązany wniosek modyfikację w § 8 (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) i nadanie § 8 ust. 5o modyfikację § 8 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) następującego brzmienia: o
121. „Zamawiający przekaze wykonawcy wnioskowane przez niego informacje niezbędne do opracowania analizy wdrożeniowej, jak również dokona akceptacji Analizy Przedwdrożeniowej w terminie do 7 dni od jej otrzymania od Wykonawcy. W przypadku braku akceptacji Analizy Przedwdrożeniowej przez Zamawiającego każda ze stron będzie mogła odstąpić od Umowy poprzez złożenie drugiej stronie w ciągu kolejnych 7 dni pisemnego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Akceptacja DAP warunkuje rozpoczęcie prac Wykonawcy związanych z realizacją Zamówienia”
122. oraz dodanie w § 8 po ust. 5 kolejnego ustępu o (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) następującym brzmieniu:
123. „6. W przypadku braku pozytywnego odbioru Analizy Przedwdrożeniowej przez Zamawiającego każdej ze stron przysługuje prawo odstąpienia od umowy, przy czym żadnej ze stron w takim przypadku nie przysługuje prawo do naliczania kary umownej tytułem odstąpienia od umowy ani dochodzenia odszkodowania z tego tytułu.”
- VIII. Zarzut 7 b) dot. ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek przyjęcia w § 3 ust. 6 wzoru umowy „Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wykonywania niezbędnych czynności związanych z realizacją przedmiotu Umowy o ile nie polegają one na zaciąganiu zobowiązań w**

**imieniu Zamawiającego a Wykonawca każdorazowo potwierdzi mailowo u przedstawiciela Zamawiającego możliwość dokonania konkretnej czynności w imieniu Zamawiającego”**

124. We wzorze umowy w § 3 ust. 6 (odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) zawarty został zapis, zgodnie z którym "Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wykonywania niezbędnych czynności związanych z realizacją przedmiotu Umowy o ile nie polegają one na zaciąganiu zobowiązań w imieniu Zamawiającego a Wykonawca każdorazowo potwierdzi mailowo u przedstawiciela Zamawiającego możliwość dokonania konkretnej czynności w imieniu Zamawiającego”.
125. Odwołujący wskazuje, że takie ukształtowanie zapisu umownego narusza zasadę proporcjonalności. Jej istotą jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego biurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę<sup>3</sup>”.
126. Skoro Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wykonywania niezbędnych czynności związanych z realizacją przedmiotu Umowy, to nakładanie jednocześnie na Wykonawcę obowiązku każdorazowego potwierdzania mailowo u przedstawiciela Zamawiającego możliwości dokonania konkretnej czynności w imieniu Zamawiającego wydaje się obowiązkiem nadmiernym, a co więcej niczym nieuzasadnionym. Ponadto wskazany zapis umowny jest w rzeczywistości wewnętrznie sprzeczny, bowiem stoi w sprzeczności z istotą upoważnienia, która właśnie ma prowadzić do redukcji obowiązków po stronie upoważniającego, chociażby poprzez brak obowiązku potwierdzania każdej czynności. Wprowadzenie takiego wymogu jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i nakłada nadmierne obowiązki na Wykonawcę, co może prowadzić do utrudnienia realizacji przez niego przedmiotu zamówienia.
127. Z zarzutem powiązany został wniosek o modyfikację § 3 ust. 6 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 o SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V) poprzez przyjęcie następującego brzmienia: § 3 ust. 6 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V): „Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wykonywania niezbędnych czynności związanych z realizacją przedmiotu Umowy o ile nie polegają one na zaciąganiu zobowiązań w imieniu Zamawiającego.”

---

<sup>3</sup> Por. wyrok SA w Poznaniu z 20.05.2010 r., I ACa 357/10, LEX nr 756566

- IX. Zarzut nr 7 c) ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego z racji przewidzenia we wzorze kary umownej, która będzie naliczana Wykonawcy z tytułu utraty dofinansowania przez Zamawiającego z Projektu z winy Wykonawcy- w szczególności nieterminowego wykonania przedmiotu Umowy- w wysokości 50% wartości Umowy – całkowitej kwoty wynagrodzenia brutto oraz wskazanie, że Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od Umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia oraz bez prawa Wykonawcy do żądania zapłaty kary umownej w przypadku zaistnienia następujących okoliczności: ... 4) popełnienia przez Wykonawcę błędu, zawinionego w związku z realizacją przedmiotu Umowy, skutkującego utratą dofinansowania lub wykluczeniem z Projektu Zamawiającego.”
128. Zgodnie z § 15 ust. 6 pkt 4) wzoru umowy „6. Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od Umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia oraz bez prawa Wykonawcy do żądania zapłaty kary umownej w przypadku zaistnienia następujących okoliczności: ... 4) popełnienia przez Wykonawcę błędu, zawinionego w związku z realizacją przedmiotu Umowy, skutkującego utratą dofinansowania lub wykluczeniem z Projektu Zamawiającego.” natomiast stosownie do treści § 16 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne, które będą naliczane w następujących okolicznościach i wysokościach: ... 6) z tytułu utraty dofinansowania przez Zamawiającego z Projektu z winy Wykonawcy w szczególności nieterminowego wykonania przedmiotu Umowy w wysokości 50% wartości Umowy – całkowitej kwoty wynagrodzenia brutto.
129. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że ewentualna utrata dofinansowania nie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z niewykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zwrócił na to uwagę Sąd Okręgowy w Olsztynie I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 11 września 2014 r. sygn. akt: I C 114/14, stwierdzając, że „Jednocześnie można kwestię odpowiedzialności pozwanego rozpatrywać również w płaszczyźnie braku związku przyczynowego, jeśli założyć, że utratę dotacji można byłoby zakwalifikować jako samodzielną szkodę. Wtedy bowiem owo pozbawienie (cofnięcie) środków pomocowych nie pozostawałoby w istocie w zwyczajnym, adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania, przy czym w ocenie Sądu założenie, iż do szkody doszło jest tu chybione w świetle poczynionych wcześniej uwag. Niemniej jednak jeśli już tylko poczynić takie hipotetyczne założenie (iż stanowi to jakąś formę szkody), to wtedy nie sposób uznać, iż w całym łańcuchu następstw, owa utrata była normalnym następstwem nienależytego wykonania zobowiązania.”
130. Ponadto należy zwrócić uwagę, że ewentualne kary umowne przewidziane we wzorze umownym, które zostaną naliczone wykonawcy w związku z niedotrzymaniem terminu wykonania umowy, pomniejszają koszty dofinansowania, ale jednocześnie stanowią przychód Zamawiającego stanowiący podstawę sfinansowania Wynagrodzenia wykonawcy choćby w drodze potrącenia. Przy projektowanym zapisie §16 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy Zamawiający z definicji usiłuje obciążyć wykonawców podwójną odpowiedzialnością za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia, obciążając ich jednocześnie karą umowną i odszkodowaniem za utratę dofinansowania. Na problem ten zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Łomży Wydział I Cywilny w wyroku z dnia 1 marca 2017 r. sygn. akt I C 702/15.

131. Należy zwrócić też uwagę na fakt, że niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia nie stanowi jedynej przyczyny ewentualnej utraty dofinansowania. Inną przyczynę może stanowić zbyt późne ogłoszenie lub zakończenie postępowania, co powoduje, że Zamawiający nie pozostawia odpowiedniego marginesu między planowanym terminem zakończenia realizacji umowy a maksymalnym terminem wydatkowania środków, który zabezpieczyłby ewentualne skutki niedotrzymania terminu wykonania zamówienia i możliwość usuwania ewentualnych wad. W efekcie kwestionowanym zapisem Zamawiający stara się przerzucić na wykonawców odpowiedzialność za okoliczności leżące po jego stronie.
132. Nie sposób pominąć również faktu, że sformułowanie § 16 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy stanowi w istocie rodzaj dodatkowej kary umownej (z góry określonej kwoty do zapłaty na wypadek zaistnienia określonego zdarzenia w postaci utraty dofinansowania z projektu z winy Wykonawcy) co z jednej strony oznacza niedopuszczalne dublowanie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania umowy, z drugiej zaś przekroczenie limitu kar umownych określonych w § 16 ust. 5 wzoru umowy, co stanowi naruszenie art. 436 pkt 3) pzp.
133. Dodatkowo zapis §15 ust. 6 pkt 4) wzoru umowy przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia od umowy z powodu jednego błędu, który miałby skutkować utratą dofinansowania. Taki nieprecyzyjny zapis (czym bowiem jest błąd w rozumieniu przedmiotowej umowy) oznacza de facto czysty mechanizm skutkowy, oznaczający sankcje w postaci odstąpienia od umowy w wypadku, gdy Zamawiający utraci dofinansowanie lub zostanie wykluczony z Projektu, oparty de facto o zasadę ryzyka po stronie wykonawcy. Takie sankcje uznać należy za zdecydowanie nadmierowe i nieuzasadnione przerzucenie ryzyka z Zamawiającego na wykonawców.
134. Pozostawienie zapisów w aktualnym brzmieniu pozostawia Zamawiającemu prawo domagania się od Wykonawcy przejęcia odpowiedzialności za działania/zaniechania Zamawiającego, co powoduje wysokie ryzyko związane z zawarciem umowy.
135. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację § 15 ust. 6 pkt 4 oraz § 16 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V) poprzez usunięcie przedmiotowych postanowień z wzoru umowy.

## **X. Wnioski i część końcowa**

136. Odwołujący wskazuje, że dokumenty zamówienia, w szczególności SWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu stanowią dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.
137. Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania argumentacji w zakresie przedłożonych zarzutów i przedłożenia kolejnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń w trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.
138. W świetle powyższej argumentacji, zarzuty postawione przez Odwołującego uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Za Odwołującego:

-----

Wykaz załączników:

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