

Warszawa, dnia 16 września 2020 roku

Do
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w
Warszawie
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Województwo Pomorskie

ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk
tel. +48 58 326 85 48, faks +48 58 32 68 526
e-mail: zamowienia@pomorskie.eu
adres strony www: www.bip.pomorskie.eu

działający także na rzecz:

1. Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego im. prof. T. Bilikiewicza w Gdańsku
2. Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Pogotowia Ratunkowego w Gdańsku
3. Pomorskiego Centrum Reumatologicznego im. Jadwigi Titz- Kosko w Sopocie Sp. z o.o.
4. Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku
5. Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego im. J. Korczaka w Słupsku Sp. z o.o.
6. Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych im. S. Kryzana w Starogardzie Gdańskim
7. Wojewódzkiego Ośrodka Terapii Uzależnień w Gdańsku
8. Stacji Pogotowia Ratunkowego w Słupsku
9. COPERNICUS Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. w Gdańsku
10. Szpitala Dziecięcego Polanki im. Macieja Płazyńskiego w Gdańsku Sp. z o.o.
11. Szpitala Specjalistycznego w Prabutach Sp. z o.o.
12. Przemysłowego Zespołu Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o. w Gdańsku
13. Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie Sp. z o.o.
14. Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w Gdyni

Odwołujący: WARPOL INFO z siedzibą w Sokołowie

ul. Sądowska 1G, 05-806 Sokołów
tel. (22) 350 61 30, fax. (22) 631 06 07
e-mail: mn@wpi.com.pl
reprezentowana przez: Michała Nowickiego –
Prezesa Zarządu

Nazwa postępowania: *Budowa i wdrożenie systemów dziedzinowych, platformy regionalnej, GCPD i DR (nr ref. DAZ-ZP.272.57.2019)*

ODWOŁANIE
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W imieniu **WARPOL INFO Sp. z o.o.** z siedzibą w Sokołowie, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „p.z.p.”

składam odwołanie

wobec zmienionych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz treści udzielonych odpowiedzi na pytania w zakresie wyjaśnień do postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa i wdrożenie systemów dziedzinowych, platformy regionalnej, GCPD i DR*” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Województwo Pomorskie.

Powyzszym czynnościom **zarzucam** naruszenie:

1. art. 25 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 26 ust. 3-4 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia w zakresie prezentacji stanowiącej potwierdzenie zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez Zamawiającego przed odrzuceniem oferty (pkt. I uzasadnienia),
2. art. 29 ust. 1 p.z.p. w związku art. 7 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniającego wszystkie wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym w szczególności w zakresie ceny (pkt. II-III oraz V),
3. art. 29 ust. 1 p.z.p. w związku art. 7 p.z.p. poprzez określenie wymagań w postępowaniu w sposób naruszający równowagę stron umowy, nakładający na wykonawcę niczym nie uzasadnione obowiązki oraz krzywdzący dla wykonawcy (pkt. IV oraz VI).

Mając na uwadze podniesione zarzuty **wnoszę o** nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian ogłoszenia wskazanych w dalszej części odwołania.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania:

WARPOL INFO Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Postanowienia SIWZ zawierają jednak wymagania które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny, które skutkują bezprawnym ograniczeniem konkurencyjności postępowania oraz nierównym traktowaniem wykonawców, jak również nie możliwością oszacowania wartości zamówienia i złożenia prawidłowo skalkulowanej oferty. Uchybienia Zamawiającego dotyczą w szczególności opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków, jakie spełnić na Wykonawca, co skutkuje możliwością dowolnej oceny i preferowania jednych Wykonawców kosztem innych. Uchybienia te uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Działanie Zamawiającego narusza więc interes WARPOL INFO Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym zarobku.

Zachowanie terminu na wniesienie odwołania:

Zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), jak również odpowiedzi na pytania, zawierające istotne zmiany oraz wyjaśnienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych dla wykonawców i opisu przedmiotu zamówienia zostały opublikowane w dniu **7 września 2020 r.**, a zatem odwołanie wnoszone jest z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p.

Uzasadnienie

I.

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 p.z.p. w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający *może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, między innymi w zakresie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, przy czym Zamawiający wskazuje te oświadczenia lub dokumenty w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Oświadczenia i dokumenty, potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego odnoszą się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia) i co do zasady są również w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez Zamawiającego. Oznacza to, że zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia

spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Korzystając z powyższego uprawnienia, w Rozdziale VI pkt. 6.2. *Oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego*, w ust. 1, pkt. i, ppkt. ii, Zamawiający zastrzegł, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający *wezwie wykonawcę do Prezentacji Funkcjonalności Systemu SSI*, zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 11 do SIWZ „*Procedura Prezentacji Funkcjonalności Systemu SSI*”. Zamawiający podczas prezentacji będzie dokonywał oceny oferowanych dostaw pod kątem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia weryfikując spełnianie funkcjonalności opisanych przez Zamawiającego w załączniku nr 12 do SIWZ. Dodatkowo w załączniku nr 11 do SIWZ Zamawiający określił *Wymagania do procedury weryfikacji i oceny funkcjonalności Systemu SSI*, wskazując między innymi, że podczas prezentacji, która odbędzie się w siedzibie Zamawiającego, Wykonawca zademonstruje system potwierdzający spełnienie funkcjonalności opisanych przez Zamawiającego w załączniku nr 12 do SIWZ, a jeżeli *którkolwiek funkcjonalność nie zostanie zademonstrowana (nie zostanie zademonstrowany jeden lub więcej elementów do zrealizowania zgodnie z procedurą opisaną w SIWZ wraz z załącznikami lub w wyniku odpowiedzi na pytania czy też w wyniku samodzielnej weryfikacji Zamawiającego ujawniony zostanie brak w danej funkcjonalności)*, Zamawiający uzna, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Część 1 Założeń podstawowe, pkt. 7).

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 p.z.p. jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, nadto zgodnie z treścią ust. 4 Zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Oznacza to, że skoro Zamawiający określił, że prezentacja o której mowa powyżej jest dokumentem w rozumieniu art. 25 ust. 1 p.z.p. składanym na wezwanie Zamawiającego mającym potwierdzić zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ, to oznacza to, że jako taki podlega on wezwaniu do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień przed odrzuceniem oferty Wykonawcy, jak nie spełniającej wymogów określonych w treści SIWZ. Jest to o tyle istotne, że załącznik nr 12 do SIWZ dość ogólnie określa funkcjonalności, jakie ma system, bez wskazania zakresu prezentowanych danych, a uczestnicząca w prezentacji komisja powołana przez Zamawiającego ma prawo zadawania dodatkowych pytań, co więcej liczba osób uczestniczących ze strony Wykonawcy w prezentacji jest ograniczona – co może prowadzić do sytuacji, w której wyjaśnienia powstałych wątpliwości, czy udzielenie odpowiedzi na szczegółowe pytania może się okazać niemożliwa podczas prezentacji, a Wykonawca winien mieć możliwość uzupełnienia prezentacji, lub złożenia wyjaśnień w dodatkowym terminie wskazanym przez Zamawiającego, przed ewentualnym odrzuceniem jej oferty, jako nie spełniającej wymogów SIWZ.

Mając na względzie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu uwzględnienie w ramach weryfikacji mającej potwierdzić zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ, konieczności wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 p.z.p. do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień przed odrzuceniem oferty Wykonawcy, jak nie spełniającej wymogów określonych w treści SIWZ.

II.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 p.z.p. *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w SIWZ - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2016 r. KIO 2342/16). Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 29 ust. 1 p.z.p. jest sporządzenie precyzyjnego i jednoznacznego opisu wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przedmiotowy obowiązek wynikający z przywołanego wyżej przepisu.

W treści załącznika nr 11 do SIWZ *Wymagania do procedury weryfikacji i oceny funkcjonalności Systemu SSI, części Założenia podstawowe, pkt. 1, Zamawiający wskazał, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii lub w związku z obowiązywaniem przepisów prawa powszechnie obowiązującego, które uniemożliwią przeprowadzenie prezentacji z udziałem Wykonawcy w siedzibie Zamawiającego, prezentacja zostanie przeprowadzona przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie jej na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Zamawiający określi wówczas sposób przekazania niezbędnych do przeprowadzenia prezentacji urządzeń, w tym w szczególności komputera przenośnego z wymaganymi funkcjonalnościami.*

Przedmiotowy zapis, jakkolwiek uzasadniony w świetle obowiązywania stanu epidemii, zdaniem Odwołującego jest nieprecyzyjny, nie uwzględnia wszystkich okoliczności jakie mogą zaistnieć w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, a nadto narusza określone przez Zamawiającego warunki przeprowadzenia prezentacji. Po pierwsze, warunki przeprowadzenia prezentacji przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie jej na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku winny być przez Zamawiającego określone już na tym etapie postępowania, aby umożliwić wszystkim Wykonawcom, ewentualne przygotowanie się do przeprowadzenia prezentacji w taki sposób, tylko bowiem to zapewni ich równe traktowanie i określi jednolite dla wszystkich warunki przeprowadzenia takiej zdalnej prezentacji.

Po drugie, zgodnie z treścią części 1 Założeń podstawowe załącznika nr 11 do SIWZ, pkt. 12 Wykonawca będzie zobowiązany przedstawić listę osób uczestniczących w prezentacji ze wskazaniem jaką funkcję w prezentacji pełni każdy członek zespołu. W pomieszczeniu, gdzie będzie wykonywana prezentacja, może przebywać jednocześnie maksymalnie pięć osób po stronie Wykonawcy. Wykonawcę w czasie prezentacji reprezentuje osoba uprawniona do działania w jego imieniu upoważniona na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty lub złożonego przed rozpoczęciem prezentacji – weryfikacja spełnienia tego warunku podczas przeprowadzenia prezentacji przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie jej na odległość w ocenie Odwołującego może okazać się iluzoryczna i faktycznie niemożliwa do przeprowadzenia, nie będzie bowiem w szczególności możliwe sprawdzenie ilości osób znajdujących się w pomieszczeniu, a to może przełożyć się na nieuprawnione uprzywilejowanie Wykonawcy i naruszenie zasady konkurencji.

Po trzecie, z uwagi na panujący stan epidemii, w miejsce przeprowadzenia zdalnej prezentacji, ewentualnie niezależnie od takiej możliwości, Zamawiający winien uwzględnić, celem zapewnienia Wykonawcom równego traktowania (negatywnym skutkiem jest bowiem odrzucenie oferty), możliwość zmiany terminu prezentacji, w sytuacji, gdy po stronie Wykonawcy wystąpią okoliczności związane z niemożnością uczestnictwa w prezentacji osób wyznaczonych przez Wykonawcę i niezbędnych z uwagi na wiedzę i doświadczenie, w przypadku ich przymusowej izolacji (kwarantanna). Przy czym dotyczy to zarówno prezentacji w siedzibie Zamawiającego, jak też znajdowania się przez wszystkie osoby w jednym pomieszczeniu podczas prezentacji zdalnej. Przy czym również w takiej sytuacji Zamawiający winien określić, jakimi dowodami okoliczność ta powinna być przez Wykonawcę wykazana.

Po czwarte, nie uwzględniono okoliczności jakie mogą zaistnieć w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, które mogą wystąpić u wykonawcy. Nie wykazano czy oświadczenie wykonawcy o niemożności udziału wyznaczonego zespołu wykonawcy Zamawiający uzna za wystarczające i zezwoli na przeprowadzenia zdalnej prezentacji. Zamawiający może w ten sposób przychylnie traktować preferowanych wykonawców nie ma więc zapewnionego w powyższym zapisie równego traktowania wykonawców (negatywnym skutkiem jest odrzucenie oferty).

Mając na względzie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu uwzględnienie w ramach weryfikacji mającej potwierdzić zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ, możliwości zmiany terminu prezentacji z uwagi na nieprzewidziane sytuacje związane z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, przy jednoczesnym określeniu warunków w jakich do takiej zmiany terminu może dojść oraz wykreślenie zapisów dotyczących możliwości przeprowadzenia prezentacji przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie jej na odległość. Ewentualnie, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu uwzględnienie w ramach weryfikacji mającej potwierdzić zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ, możliwości zmiany terminu prezentacji z uwagi na nieprzewidziane sytuacje związane z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, przy jednoczesnym określeniu warunków w

jakich do takiej zmiany terminu może dojść oraz uzupełnienie zapisów dotyczących możliwości przeprowadzenia prezentacji przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie jej na odległość o szczegółowe warunki przeprowadzenia takiej prezentacji, w tym w szczególności w odniesieniu do weryfikacji warunków przeprowadzenia prezentacji określonych w załączniku nr 11 do SIWZ.

III.

W odniesieniu do treści art. 29 ust. 1 p.z.p. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, wskazać należy, że Wymaganiu temu Zamawiający nie sprostął również jeśli zważyć na brak możliwości korzystania z dostępu do internetu podczas prezentacji funkcjonalności systemu SSI, o której mowa w Rozdziale VI pkt. 6.2. *Oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego*, w ust. 1, pkt. i, ppkt. ii,

Przedmiotowa prezentacja ma na celu potwierdzić zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ, a podczas prezentacji Wykonawca ma zademonstrować system potwierdzający spełnienie funkcjonalności opisanych przez Zamawiającego w załączniku nr 12 do SIWZ, skutkiem braku wykazania jakiegokolwiek funkcjonalności jest odrzucenie oferty. Zdaniem odwołującego, prawidłowe wykazanie i weryfikacja spełniania przez system określonych w załączniku nr 12 do SIWZ funkcjonalności wymaga możliwości korzystania z internetu. Dotyczy to w szczególności następujących funkcjonalności:

6)	12.1	System zobrazowuje (w postaci skrótów literowych, symboli i wyróżników kolorami) stan wprowadzenia informacji odnośnie wizyt i pacjentów, pokazując zarezerwowane wizyty w grafiku z informacją np. o tym, czy dana wizyta odbyła się, czy pacjent posiada skierowanie, status Ewuś, wpis do kolejki oczekujących, zrealizowane procedury ICD-9, DILO i informację o obecności.	II.4.9.13
24)	12.1	System umożliwia tworzenie i wysyłanie deklaracji i informacji podatkowych, w szczególności: Deklaracji CIT, JPK, Deklaracji VAT-7, VAT-UE, VAT UEK, VAT 27 (wraz z ubiegłymi wersjami).	VII.3.78.6
29)	12.1	System zapewnia obsługę bankową: <ol style="list-style-type: none"> 1. możliwość emisji (wydruku) przelewów w formie papierowej, 2. możliwość wyboru przed wydrukiem konta bankowego zleceniodawcy (możliwość obsługi wielu kont Użytkownika), 3. możliwość wydruku przelewów zbiorczych dla kontrahenta/pracownika, 	VII.3.126

		<ol style="list-style-type: none"> 4. możliwość emisji (eksportu) przelewów w formie elektronicznej poprzez system bankowości elektronicznej, 5. możliwość elastycznego definiowania elektronicznego formatu przelewu, 6. możliwość określenia formatu przelewu dla kont użytkownika, 7. możliwość wyboru przed eksportem konta bankowego zleceniodawcy (możliwość obsługi wielu kont Użytkownika), 8. możliwość ręcznego wprowadzania dokumentów wyciągów bankowych do dziennika FK, 9. możliwość importu wyciągów bankowych w formie elektronicznej poprzez system bankowości elektronicznej, 10. możliwość ręcznego lub automatycznego (poprzez import wyciągów w formie elektronicznej) potwierdzania przelewów, 11. możliwość tworzenia zestawień wykonanych przelewów dla kontrahentów i pracowników. 	
--	--	---	--

Mając na względzie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu umożliwienie Wykonawcom prezentacji zweryfikowanych wcześniej pacjentów celem wykazania funkcjonalności systemu SSI określonych w załączniku nr 12 do SIWZ lub usunięcie tych wymagań.

IV.

Zgodnie z treścią §15 ust. 2 pkt. a załącznika nr 2 do SIWZ oraz załącznika nr 2A do SIWZ, wykonawca zobowiązany jest zapewnić udział Kierownika Projektu ze strony Wykonawcy, po wcześniejszym zaproszeniu przez Zamawiającego, w naradach Zespołu Zarządzania, których przedmiotem będzie omówienie bieżącego postępu prac, zagadnień istotnych dla realizacji Umowy, proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań, jak również zagadnień mających wpływ na przedmiot i termin realizacji Umowy, chyba że nieobecność Kierownika Projektu jest usprawiedliwiona a Zamawiający wyraził zgodę na osobę zastępującą nieobecnego, której obecność w każdym takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest zapewnić. Nadto, zgodnie z treścią §15 ust. 2 pkt. d załącznika nr 2 do SIWZ oraz załącznika nr 2A do SIWZ, wykonawca zobowiązany jest zapewnić udział w spotkaniach z Zamawiającym i/lub Inżynierem Kontraktu na każde żądanie w ramach spotkań projektowych; spotkania takie mogą się odbywać w siedzibie Zamawiającego lub miejscu wskazanym przez Zamawiającego; ustalenie terminu spotkania może nastąpić w terminie co najmniej 48h od daty jego zwołania, chyba że wszystkie strony wyrażą zgodę na jego zwołanie z terminem krótszym; w spotkaniach projektowych muszą uczestniczyć osoby z Zespołu Wykonawcy wskazane przez Zamawiającego, chyba że nieobecność danej osoby z Zespołu Wykonawcy jest usprawiedliwiona a Zamawiający wyraził zgodę na osobę zastępującą nieobecnego, której obecność w każdym takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest zapewnić.

Konsekwencją powyższego, jest ustalenie w §5 ust. 2 pkt. i załącznika nr 2 do SIWZ oraz w §15 ust. 2 pkt. j załącznika nr 2A do SIWZ kary umownej za każdorazową nieobecność choćby jednej osoby z Zespołu Wykonawcy wskazanej przez Zamawiającego do uczestniczenia w spotkaniu projektowym, o których mowa w § 2 ust. 1) pkt d) lub Kierownika Projektu w naradach Zespołu Zarządzania, o którym mowa w §2 ust. 1 pkt a), w wysokości 1.000,00 złotych za każdą osobę z Zespołu Wykonawcy, a w przypadku Kierownika Projektu 1.500,00 złotych chyba że nieobecność tego członka Zespołu Wykonawcy lub Kierownika Projektu jest usprawiedliwiona a Zamawiający wyraził zgodę na osobę zastępującą nieobecnego, której obecność w każdym takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest zapewnić. Zmiany w brzmieniu przedmiotowego zapisu zostały wprowadzone przez Zamawiającego, jako efekt zadanych w postępowaniu pytań.

W ocenie Odwołującego powyższe regulacje w sposób nadmierny i nieuzasadniony obciążają Wykonawcę. Po pierwsze, uregulowanie powyższe nie uwzględnia konsekwencji obowiązującego stanu epidemii oraz nie umożliwia, zdalnego uczestnictwa wskazanych powyżej osób w naradach Zespołu Zarządzania lub spotkaniach projektowych, a w ramach działań związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 oraz przestrzeganiem zasady społecznego dystansu i ograniczania spotkań z udziałem większej liczby osób. Po drugie, nie uwzględnia okoliczności, w których takie osoby realizują swoje uprawnienia wynikające z Kodeksu pracy, gdzie Wykonawca nie ma wpływu na nieobecność pracownika na spotkaniu z Zamawiającym i nie może jej w żaden sposób zapobiec, gdyż jest ona konsekwencją nieobecności pracownika w pracy. Po trzecie, nie uwzględnia faktu, że Wykonawca zawarł kilkanaście umów w ramach przedmiotowego zamówienia, co może skutkować kolizją w obecności tej samej osoby w naradach Zespołu Zarządzania lub spotkaniach projektowych zwołanych w tym samym czasie przez różnych zamawiających. W każdym przypadku konsekwencją jest naliczenie Wykonawcy kary umownej w znacznej wysokości.

Nawet jeśli Zamawiający obecnie dopuścił możliwość usprawiedliwienia takiej nieobecności, jednakże z zastrzeżeniem zapewnienia zastępstwa, co nie zawsze może okazać się możliwe, a zwłaszcza dyskusyjne wydaje się w odniesieniu do kierownika projektu, którego osoba jest musi spełniać warunki określone w SIWZ, a jej zastępstwo jest jedynie możliwe w sytuacji, gdy zastępca spełnia co najmniej takie same warunki.

Mając na względzie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu dopuszczenia udziału osób, o których mowa powyżej w naradach Zespołu Zarządzania lub spotkaniach projektowych zdalnie przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie jej na odległość, dopuszczenie obiektywnie usprawiedliwionej nieobecności takich osób bez konieczności bez konieczności zapewniania ich zastępstwa.

V.

Jak wskazano powyżej zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tylko bowiem na podstawie takiego opisu wykonawcy są bowiem w stanie ustalić jaki jest koszt wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji złożyć prawidłowo skalkulowaną ofertę.

Zasada równego traktowania, stanowi natomiast jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych. Jest ona kierowana przede wszystkim do zamawiającego, który jako organizator postępowania powinien stać na jej straży, stwarzając wszystkim zainteresowanym podmiotom możliwość równego dostępu do uzyskania zamówienia publicznego. Jest także bezpośrednio związana z zasadą poszanowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. Zamawiający nie ma prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź okazywać niechęci jakimkolwiek wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego obowiązkiem jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób. Bez wątpienia w przedmiotowej sprawie Zamawiający powyższego nie dopełnił.

Zgodnie z treścią §13 ust. 2 załącznika nr 2 do SIWZ *okres gwarancji jakości dla pozycji „Szpitalny System Informatyczny”, „Oprogramowanie Warstwy Integracji”* obejmuje między innymi również dostosowanie Oprogramowania Aplikacyjnego do zmieniających się przepisów, obowiązujących wykładni prawnych lub wskazówek jednostek nadrzędnych, (np. Ministerstwo Zdrowia, NFZ) oraz konsultacje telefoniczne typu „hot-line”. Zgodnie z treścią §3 ust. 6 pkt. 1 ppkt. ii załącznika nr 2 do SIWZ w ramach realizacji usług gwarancyjnych Wykonawca zobowiązany będzie między innymi do wykonywania Modyfikacji bez wezwania lub na pisemne zgłoszenie Zamawiającego w celu dostosowania wszystkich elementów Oprogramowania do obowiązujących przepisów prawnych, zaś zgodnie z ppkt. iv wykonawca zobowiązany będzie do udostępniania Nowych Wersji Oprogramowania powstałych wskutek wejścia w życie nowych przepisów prawa lub zawierających nowe funkcjonalności w szczególności związane z rozliczeniami z NFZ; w przypadku, w którym Nowa Wersja Oprogramowania powstanie w związku ze zmianą przepisów prawa, Wykonawca zobowiązany będzie do jej zainstalowania w terminie uzgodnionym z Zamawiającym przed datą wejścia w życie tych przepisów.

Zgodnie z treścią §13 ust. 2 załącznika nr 2A do SIWZ *okres gwarancji jakości dla pozycji „Oprogramowanie Platformy Regionalnej e-usług”, „Oprogramowanie Warstwy Integracji”* obejmuje między innymi również: dostosowanie Oprogramowania Aplikacyjnego do zmieniających się przepisów, obowiązujących wykładni prawnych lub wskazówek jednostek nadrzędnych, (np. Ministerstwo Zdrowia, NFZ) oraz konsultacje telefoniczne typu „hot-line”. Zgodnie z treścią §3 ust. 6 pkt. 1 ppkt. ii załącznika nr 2A do SIWZ w ramach realizacji usług gwarancyjnych Wykonawca zobowiązany będzie między innymi do wykonywania Modyfikacji bez wezwania lub na pisemne zgłoszenie Zamawiającego w celu dostosowania wszystkich elementów Oprogramowania do obowiązujących przepisów prawnych, zaś zgodnie z ppkt. iv wykonawca zobowiązany będzie do udostępniania Nowych Wersji Oprogramowania powstałych wskutek wejścia w życie nowych

przepisów prawa lub zawierających nowe funkcjonalności w szczególności związane z rozliczeniami z NFZ; w przypadku, w którym Nowa Wersja Oprogramowania powstanie w związku ze zmianą przepisów prawa, Wykonawca zobowiązany będzie do jej zainstalowania w terminie uzgodnionym z Zamawiającym przed datą wejścia w życie tych przepisów.

Zgodnie z treścią części II pkt. 13 Załącznika nr 9.2 do SIWZ w związku z potrzebą jednolitego raportowania oraz miarodajnego porównywania danych z wielu placówek, zakłada się, że przed rozpoczęciem prac projektowych zostaną odpowiednio wystandaryzowane (ujednolicone) stosowne systemy dziedzinowe (np. ERP, HIS) lub zostaną ściśle określone sposoby mapowania lokalnych danych i procesów na standardowe wykorzystywane w systemie regionalnym. Ujednoczenie obejmie zarówno procesy biznesowe (np. sposób oraz zasady rozliczania kontraktowców) jak i wykorzystywane w systemach słowniki np. typy umów (umowa o pracę / kontrakt), grupy zawodowe, rodzaje zdarzeń niepożądanych, plan kont.

W ocenie Odwołującego powyższe zobowiązania nałożone przez Zamawiającego na Wykonawcę są nadmiarowe, z uwagi na tempo zmian przepisów prawnych, specyfikę poszczególnych podmiotów leczniczych, dla których opisy przedmiotu zamówienia różnią się w zależności ich specyfiki oraz niedookreślenia wymagań w zakresie wsparcia typu „hot-line” - tym samym Wykonawca nie jest w stanie oszacować oferty, gdyż brak jest dokładnie sprecyzowanego przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie.

W odniesieniu do wsparcia typu „hot-line” Zamawiający poza wskazaniem godzin dostępności tego wsparcia nie określa w żaden sposób jakichkolwiek limitów, które pozwoliłyby na rzeczywiste skalkulowanie kosztów z tym związanych. W odniesieniu natomiast do kwestii uwzględniania w ramach nowych wersji oprogramowania zmian obowiązujących przepisów, to Zamawiający faktycznie oczekuje, że Wykonawca przez cały okres gwarancji będzie utrzymywał zespół wdrożeniowy, który będzie w stanie na bieżąco uwzględniać zmiany w obowiązujących przepisach prawa oraz aktualizować w tym zakresie system SSI, gdzie nie będzie to jedna zmiana, która następnie zostanie wdrożona u wszystkich zamawiających, ale będzie to zmiana każdego systemu SSI, u każdego zamawiającego odrębnie, przy uwzględnieniu ich specyfiki. W istocie zatem Zamawiający oczekuje, że w okresie gwarancji Wykonawca świadczył będzie usługę utrzymania systemu, której policzalność na potrzeby skalkulowania oferty jest niewykonalna.

W kwestii procesu standaryzacji, który jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 391 będzie częścią prac realizowanych w ramach analizy przedwdrożeniowej realizowane we współpracy Wykonawcy i Zamawiającego, to wskazać należy, zważywszy na odrębności w poszczególnych podmiotach leczniczych, które znalazły wyraz również w wymaganiach zawartych w opisach przedmiotów zamówienia dla tych poszczególnych podmiotów leczniczych, to z uwagi na brak szczegółowego opisu, co obejmować przedmiotowa standaryzacja, jaki jest jej zakres oraz kiedy winna ona zostać ukończona, również w tym zakresie powoduje to niemożność skalkulowania ceny oferty.

Mając na względzie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu wykreślenie obowiązków w okresie gwarancji dostosowanie

Oprogramowania Aplikacyjnego do zmieniających się przepisów, obowiązujących wykładni prawnych lub wskazówek jednostek nadrzędnych, (n1p. Ministerstwo Zdrowia, NFZ), świadczenia usług konsultacji telefonicznych typu „hot-line”, wykonywania Modyfikacji bez wezwania lub na pisemne zgłoszenie Zamawiającego w celu dostosowania wszystkich elementów Oprogramowania do obowiązujących przepisów prawnych oraz udostępniania Nowych Wersji Oprogramowania powstałych wskutek wejścia w życie nowych przepisów prawa lub zawierających nowe funkcjonalności w szczególności związane z rozliczeniami z NFZ; w przypadku, w którym Nowa Wersja Oprogramowania powstanie w związku ze zmianą przepisów prawa, Wykonawca zobowiązany będzie do jej zainstalowania w terminie uzgodnionym z Zamawiającym przed datą wejścia w życie tych przepisów. Nadto, Odwołujący wnosi, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu doprecyzowanie zakresu oraz terminu realizacji procesu standaryzacji.

VI.

W treści §15 załącznika nr 2 do SIWZ oraz załącznika nr 2A do SIWZ zamawiający posługuje się pojęciem „opóźnienia” w zakresie naliczania kar umownych, zaś udzielając odpowiedzi na pytania Zamawiający pomimo zadanych w tym zakresie pytań i wniosków o zmianę „opóźnienia” na „zwłokę” podtrzymał swoje stanowisko w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącania kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy, to po jego stronie winien leżeć obowiązek udowodnienia odpowiedzialności za niedochowanie terminu po stronie Wykonawcy. Wykonawca i tak jest już w niekorzystnej sytuacji, w której poprzez potrącenie może nie otrzymać należnego mu wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy (ponieść też koszty jej wykonania), a być zmuszonym do dochodzenia wynagrodzenia na drodze sądowej (w dodatku w skomplikowanym procesie, który będzie rodził dodatkowe koszty – po obu stronach umowy). Zachowanie równowagi stosunku umownego – równości stron tego stosunku i zasad kształtowania SIWZ wynikających z przepisów p.z.p. wymaga proporcjonalnego rozłożenia ryzyka w tym zakresie – właśnie poprzez przerzucenie na Zamawiającego obowiązku udowodnienia, że to Wykonawca jest winny niedochowania terminu. Wykonawca nie może być obarczany ryzykiem niewspółmiernym do realizowanych zadań i kwot zamówienia publicznego, gdyż godzi to w zasadę swobody umów i zasadę proporcjonalności, a dodatkowo naraża Zamawiającego na proces, podczas którego zostanie podniesiony przez Wykonawcę wniosek o miarkowanie kary umownej. Za niedopuszczalne należy uznać kształtowanie wysokości kar umownych w sposób całkowicie dowolny, bez ich racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie Zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody, tak aby mogły spełniać swoje funkcje, a nie zniechęcać wykonawców do brania udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – czyli naruszać zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 433 nowego prawa zamówień publicznych, które wejdzie w życie w dniu 1 stycznia 2021 roku projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia oraz naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy

niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Nadto zgodnie z treścią art. 462 tej ustawy postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków Zamawiającego oraz Wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją, a za postanowienia sprzeczne z ust. 1 uważa się w szczególności postanowienia przewidujące: naliczanie kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca nie odpowiada. Tym samym w ocenie Odwołującego, uwzględniając dookreślenia regulacji w zakresie kar umownych, jak wprowadza nowa ustawa oraz biorąc pod uwagę, że umowa najprawdopodobniej zostanie zawarta, a z pewnością będzie realizowana pod rządami nowej ustawy, jej założenia winny być już uwzględnione w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na względzie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi, o wydanie orzeczenia nakazującego Zamawiającemu zastąpienie we wszystkich przypadkach, w których w treści załącznika nr 2 do SIWZ oraz załącznika nr 2A do SIWZ, Zamawiający posługuje się pojęciem „opóźnienia” w zakresie naliczania kar umownych, zastąpienie „opóźnienia” pojęciem „zwłoki”.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu
2. dowód przesłania Zamawiającemu kopii wniesionego odwołania
3. odpis z właściwego rejestru Wykonawcy