

Kraków, 23 marca 2020 r.

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

Zamawiający: Katowickie Centrum Onkologii
ul. Raciborska 26, 40 – 074 Katowice
e-mail: szpital@kco.katowice.pl
platforma zakupowa:
<https://kco.ezamawiajacy.pl/servlet/HomeServlet>
tel.: 32/ 2511 – 761 lub 32/ 2515 – 231 do 4

Odwołujący: **Comarch Healthcare S.A.** z siedzibą w Krakowie
Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków
KRS: 0000303079, NIP: 6751381502, REGON: 102652221
e-mail: info@comarch.pl
tel.: +48 12 646 10 00
reprezentowana przez Anetę Szulim
na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym przedmiotem zamówienia jest: *Zakup, dostawa, wdrożenie, konfiguracja Szpitalnego Systemu Informatycznego dla części medycznej, licencje, instruktaż personelu, gwarancja i serwis pogwarancyjny*, nr spr. K.C.O. /PN/03/2020 (w niniejszym odwołaniu dalej jako: postępowanie). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.02.2020 r. pod numerem: 77034-2020-PL.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „PZP”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec **zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia** (opublikowanej w dniu 12.03.2020 r.), sformułowanej niezgodnie z PZP, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez brak dokładnego opisu procesu integracji, a zatem opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty – w szczególności w odniesieniu do zawartego w SIWZ wymogu integracji z systemami: Pracowni Diagnostyki Obrazowej – systemem PACS/RIS – Pracowni Diagnostyki Laboratoryjnej – Pracowni Radioterapii oraz w odniesieniu do obowiązku w kalkulowania kosztów integracji z oprogramowaniem innych producentów w okresie 10 lat,

co wobec uwzględnienia poprzedniego odwołania przez Zamawiającego w całości prowadzi do naruszenia także art. 186 ust. 2 PZP, gdyż Zamawiający wbrew ciążącemu nań obowiązkowi nie wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które uwzględnił,

- 2) **art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez brak dokładnego opisu procesu migracji, brak umieszczenia w SIWZ koniecznych informacji na temat migracji danych, a zatem opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,

co wobec uwzględnienia poprzedniego odwołania przez Zamawiającego w całości prowadzi do naruszenia także art. 186 ust. 2 PZP, gdyż Zamawiający wbrew ciążącemu nań obowiązkowi nie wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które uwzględnił,

- 3) **art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, art. 142 ust. 1, 2 i 3 PZP, a także art. 142 ust. 5 lit. d) PZP** poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego oprogramowania **przez okres 60 miesięcy liczony od dnia upływu okresu gwarancji** oraz zaniechanie w protokole uzasadnienia zawarcia umowy w zakresie świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego na okres dłuższy niż 48 miesięcy (naruszenie w zw. z art. 96 ust. 1), zaniechanie zawiadomienia Prezesa UZP w tym zakresie z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, a także zaniechanie wprowadzenia obligatoryjnych postanowień umowy, o których mowa w art. 142 ust. 5 lit. d) PZP, a także nieprawidłowe oszacowanie zamówienia w tym zakresie, czym zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 1 i ust. 3a pkt 2 PZP,

co wobec uwzględnienia poprzedniego odwołania przez Zamawiającego w całości prowadzi do naruszenia także art. 186 ust. 2 PZP, gdyż Zamawiający wbrew ciążącemu nań obowiązkowi nie wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które uwzględnił,

4) **art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2a, 2d, 3b, 3c i 3d** poprzez niezgodnie z ustawą PZP sformułowanie kryterium oceny ofert w zakresie kryterium: **Koszt nabycia systemu i inne koszty cyklu życia**, które to kryterium:

- a. jest – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – zastosowane pomimo, iż nie zostały precyzyjnie opisane standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia (Zamawiający poprzestał na opisie funkcjonalności systemu – tymczasem koszty cyklu życia dotyczą innego zakresu zobowiązań wykonawcy niż dostawa, wdrożenie, konfiguracja systemu i udzielenie nań licencji), ponadto Zamawiający nie wykazał w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (co koresponduje z pozostałymi zarzutami odwołania dotyczącymi braków SIWZ i naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP), ani nie wskazał w SIWZ danych, które mają przedstawić wykonawcy, oraz metody, którą zastosuje do określenia kosztów cyklu życia na podstawie tych danych,
- b. w połączeniu z treścią formularza ofertowego (załącznik 1 do SIWZ) obliuguje Wykonawcę do złożenia oświadczenia o zaoferowaniu konkretnej ceny za świadczenie, które będzie miało miejsce za ponad 60 miesięcy – a więc w ogóle nie jest czasowo powiązane z przedmiotem zamówienia, a ponadto narusza zasadę proporcjonalności i prowadzi do obejścia przepisów o udzielaniu zamówienia publicznego w trybach wynikających z ustawy PZP,
- c. w połączeniu z treścią formularza ofertowego (załącznik 1 do SIWZ) odnosi się do świadczeń nieopisanych w jakikolwiek sposób w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co narusza także art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP
- d. w połączeniu z treścią formularza ofertowego (załącznik 1 do SIWZ) jest sformułowane nielogicznie (powielanie kwoty za świadczenie w różnych pozycjach Formularza Ofertowego), nieprecyzyjnie (niejasne określenia), bez istotnych założeń, które mogą Wykonawcy umożliwić skalkulowanie oferty, a Zamawiającemu porównać złożone oferty, co narusza także art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP,

co wobec uwzględnienia poprzedniego odwołania przez Zamawiającego w całości prowadzi do naruszenia także art. 186 ust. 2 PZP, gdyż Zamawiający wbrew ciążącemu nań obowiązkowi nie wykonał czynności w postępowaniu o

udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które uwzględnił,

- 5) **art. 353¹ k.c. w zw. z art. 7 i 29 ust. 1 w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP., a także art. 5 k.c. art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c.** poprzez sporządzenie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów - poprzez obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem wynikającym z regulacji dotyczącej kar umownych – wprowadzenie rażąco wysokiego limitu kar (konsumującego całość wynagrodzenia z tytułu wdrożenia) przy jednoczesnej nielimitowanej odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji umowy,

co wobec uwzględnienia poprzedniego odwołania przez Zamawiającego w całości prowadzi do naruszenia także art. 186 ust. 2 PZP, gdyż Zamawiający wbrew ciążącemu nań obowiązкови nie wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które uwzględnił.

Wnioski Odwołującego zostały przedstawione pod kolejnymi zarzutami.

Termin wniesienia odwołania

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 12.03.2020 r. Mając na uwadze, iż wartość zamówienia w postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu

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

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dowód w załączeniu).

UZASADNIENIE

Na wstępie Odwołujący wskazuje, iż zasadniczą wadą opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzonych kryteriów po modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego w dniu 12.03.2020 r. jest brak jakiegokolwiek precyzji tej zmiany – błędy zarówno formalne i merytoryczne, które rażąco naruszają nie tylko przepisy ustawy PZP, ale także dobre obyczaje współpracy i podstawowe zasady – w tym zasady jawności i konkurencyjności postępowania. Wykonawca rozumie, że Zamawiający chce zabezpieczyć prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, niemniej jednak sposób realizacji interesu nie może polegać na tym, że Wykonawca pozostaje w niepewności co do tego, co ma wykonać i za jaką cenę. Dla porządku Wykonawca wskazuje, iż sam sposób dokonania tej zmiany – publikacja wybranych stron SIWZ po zmianie w formie nieprzeszukiwalnych PDF-ów (w tym załącznika do Formularza Ofertowego do wypełnienia i złożenia wraz z ofertą przez Wykonawcę) – powoduje, iż sformułowanie zarzutów napotyka na trudności, bowiem treść nowych stron SIWZ nie do końca pokrywa się zakresowo z treścią stron zastępowanych.

Założeniem, na którym opiera się całość funkcjonujących stosunków gospodarczych, zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi, jest niedopuszczalność przenoszenia ryzyk związanych z okolicznościami niezależnymi od stron (np. następcza niemożność świadczenia, zmiana przepisów, siła wyższa etc.), lub zależnymi wyłącznie od jednej strony (wina umyślna), na drugą stronę. Nieprawidłowym i nieproporcjonalnym jest więc takie konstruowanie opisu przedmiotu zamówienia, które przenosi całość ryzyk gospodarczych na Wykonawcę. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga bowiem od Wykonawcy wkalkulowania w cenę okoliczności, których zaistnienia nie sposób przewidzieć – tak samo jak nie sposób przewidzieć ich wpływu na realizację zamówienia.

Jednocześnie Wykonawca podkreśla, iż jeśli Zamawiający ma potrzebę kompleksowego zabezpieczenia interesów – to powinien je po prostu właściwie opisać i zlimitować ich wykonanie, tak aby Wykonawca mógł skalkulować cenę. W analogicznych postępowaniach o udzielenie zamówienia inni zamawiający wskazują limit liczby roboczogodzin, który jest przeznaczony na realizację takich przyszłych i niepewnych zobowiązań (co do których Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności) –

co więcej, liczba roboczogodzin może być kryterium oceny ofert (im więcej – tym wyższa punktacja).

Niezrozumiałym jest więc działanie Zamawiającego, który nadużywa swojej pozycji jako autora specyfikacji przetargowej, zmuszając tym samym Wykonawcę do wnoszenia kolejnego środka odwoławczego, chociaż Zamawiający może swoje interesy zabezpieczyć i nie przenosić ryzyk wadliwej dokumentacji przetargowej na Wykonawcę.

I. INTEGRACJA

Zgodnie z informacją z dnia 11.03.2020 r. Zamawiający uznał wniesione w dniu 27.02.2020 r. odwołanie, w związku z czym w dniu 12.03.2020 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie dokumenty stanowiące **Modyfikację SIWZ**, a w szczególności modyfikację Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zdaniem Odwołującego wprowadzone zmiany nie odnoszą się do całości wniosków podniesionych w rzeczonym odwołaniu. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie odniósł się do kwestii dotyczących wymagań związanych z przeprowadzeniem integracji z systemami aktualnie wykorzystywanymi przez Zamawiającego. Z tego miejsca podnieść należy jeszcze raz argumentację prezentowaną w uprzednim odwołaniu.

Zgodnie z zapisami Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagania integracji z oprogramowaniem do obsługi:

- Pracowni Diagnostyki Obrazowej – systemem PACS/RIS – aktualnie zamawiający wykorzystuje system firmy Pixel Technology,
- Pracowni Diagnostyki Laboratoryjnej – aktualnie wykorzystywany jest system eLab firmy Eclipse,
- Pracownia Radioterapii – integracja z system MOSAIQ firmy ELEKTA.

Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, czy na przestrzeni najbliższych 10 lat Zamawiający dokupi nowy lub zmieni aktualnie wykorzystywane oprogramowanie. Takie zmiany będą wymagały wypracowania nowych interfejsów integracyjnych pozwalających na połączenie systemów peryferyjnych z systemem klasy HIS. W tym przypadku Wykonawca na etapie składania ofert nie jest w stanie przewidzieć wszystkich kosztów, jakie powinien zawrzeć w wycenie realizacji całościowej projektu, a w szczególności kosztów, które są nieprzewidziane na etapie składania ofert i wynikają z ewentualnych zmian w wykorzystywanym oprogramowaniu w okresie 10 lat.

Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż potencjalny Wykonawca nie jest nawet w stanie przewidzieć czy systemy, które ma na myśli Zamawiający, w ogóle posiadają

możliwość integracji z nowoczesnymi systemami klasy HIS. W przypadku pozostawienia dokumentacji SIWZ w aktualnym brzmieniu Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, czy w przypadku gdyby doszło do wdrożenia będzie w stanie sprostać wymaganiom stawianym przez SIWZ.

Zamawiający w dalszym ciągu nie wyspecyfikował w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia istotnych informacji, niezbędnych do oszacowania kosztów integracji zarówno po stronie Oferentów, jak i firm zewnętrznych dostarczających aktualnie wykorzystywane oprogramowanie.

Brak jest w dalszym ciągu informacji o szczegółowym zakresie wymaganej integracji. Szczegółowa i odpowiednia wycena jest możliwa wyłącznie po określeniu przez Zamawiającego: **pełnego zakresu wymiany danych oraz sposobu ich przetwarzania oraz raportowania** tych danych między poszczególnymi systemami.

Ponadto Zamawiający zmodyfikował nieznacznie SIWZ Część F, pkt 3, ppkt. 4.7, pozostawiając jednakowoż obowiązek wkalkulowania kosztu integracji z oprogramowaniem innych producentów w okresie 10 lat:

*W ramach złożonej oferty powinien zostać określony koszt integracji z oprogramowaniem innych producentów i cena ta powinna być wiążąca przez okres 10 lat, chyba że w aktualnym na dzień zamówienia takiej usługi Wykonawca w cenniku posiada niższą cenę **wskazaną w formularzu oferty cenę ryczałtową, każdorazowej integracji.***

Mając na uwadze powyżej przytoczony punkt, Zamawiający formułuje obowiązek integracji przedmiotu zamówienia z wymienionymi w treści specyfikacji systemami peryferyjnymi – wkalkulowania kosztu tej integracji w cenę oferty. Dla porządku wskazać należy, iż szacowanie kosztu integracji, nawet w przypadku posiadania pełnych informacji co do producenta i wersji oprogramowania, nie jest zadaniem prostym i jest zawsze obarczone pewnym ryzykiem błędu. Tymczasem postanowienie obliguje Wykonawcę do wkalkulowania w koszt oferty PRZYSZŁYCH INTEGRACJI z kompletnie nieopisanym oprogramowaniem innych producentów. Wykonawca nie wie, jakie oprogramowanie innych producentów Zamawiający zamierza zakupić, nie wie też, jakich „innych producentów” oprogramowania Zamawiający ma na myśli. Zamawiający nie wskazuje w SIWZ, czy zapewni interfejsy komunikacyjne tych systemów, czy też pozostanie całkowicie bierny i nie udostępni żadnych informacji wykonawcy – wszystko to ma przecież wpływ na prędkość integracji. W SIWZ brak jest jakichkolwiek informacji na ten temat, co więcej – obowiązek integracji przez okres 10 lat nie jest w jakikolwiek sposób limitowany np. co do liczby roboczogodzin, które wykonawca miałby poświęcić na taką integrację. Oznacza to, że Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w ramach oferty zawarł koszt integracji dostarczanego

oprogramowania z oprogramowaniem innych producentów z góry na okres 10 lat. Wkalkulowanie takiego kosztu integracji nie jest możliwe, bo brak ku temu podstawowych danych.

Odwołujący zwraca uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienie. W związku z powyższym, źródłem danych na temat przedmiotu zamówienia powinna być Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dostępna dla wszystkich wykonawców. **W celu prawidłowej realizacji powyższej zasady w postępowaniu, Zamawiający powinien udostępnić - jako element OPZ – wszelkie niezbędne informacje dotyczące zakresu integracji urządzeń oraz ich szczegółową specyfikację techniczną.**

WNIOSEK:

- 1) uzupełnienie SIWZ o kompletną dokumentację pełnego zakresu wymiany danych oraz sposobu ich przetwarzania i raportowania między poszczególnymi systemami, z którymi Zamawiający wymaga integracji oraz parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych, rodzaju usług i mechanizmów wymiany danych po stronie tych systemów;
- 2) wprowadzenie w SIWZ i wzorze umowy zobowiązania Zamawiającego, że w przypadku gdy podczas wdrożenia lub podczas eksploatacji wdrożonego systemu, w tym na etapie gwarancji, Zamawiający dokona wymiany lub zakupu nowych systemów, tak że będzie to miało wpływ na integrację z oferowanym i wdrożonym systemem – Zamawiający we własnym zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie niezbędne do przeprowadzenia ponownej integracji informacje i dane od producenta tych systemów, z którymi miała by nastąpić ponowna integracja lub poprawa mechanizmów integracyjnych oraz że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, ani kosztów za brak integracji wynikający z działań lub zaniechań Zamawiającego i firm trzecich.
- 3) usunięcie zapisu mówiącego o tym, iż koszt integracji z oprogramowaniem innych producentów winien być wiążący przez 10 lat, chyba że w aktualnym na dzień zamówienia takiej usługi Wykonawca w cenniku posiada niższą cenę wskazaną w formularzu oferty cenę ryczałtową każdorazowej integracji.

II. MIGRACJA

Zamawiający w udostępnionej w dniu 11.03.2020 odpowiedzi na odwołanie odniósł się do żądań podniesionych w złożonym przez Odwołującego odwołaniu w sprawie zakresu i udostępnienia danych do migracji, poprzez wskazanie w treści odpowiedzi, że „migracji podlegają wszystkie dane z dotychczas użytkowanych systemów, które zostały wskazane przez Zamawiającego w SIWZ” jednocześnie wskazując na aktualnie wykorzystywaną bazę danych, całkowity rozmiar bazy danych oraz, że zapewni pliki w ramach komunikatów ŚWIAD a jednocześnie, że w celu przygotowania oferty udostępni Wykonawcy/Oferentowi pełny wgląd do bazy danych na prawach administratora.

Należy tu zwrócić uwagę na to, że Zamawiający nie wprowadza żadnego zapisu mówiącego o tym, jak Wykonawca ma zrealizować zamówienie w sytuacji, kiedy po analizie tych danych, okaże się taka migracja bez udziału Zamawiającego lub zapewnieniu Zamawiającego o współpracy będzie niemożliwa dla innych oferentów niż autor obecnie posiadanego przez Zamawiającego systemu lub partner tej firmy.

Dodatkowo sam Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie (str. 5) wprowadza zobowiązanie, jakoby Wykonawca w celu przygotowania danych do migracji nie posiadał prawa do opracowywania poszczególnych danych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, iż wymaga migracji **wszystkich danych** z aktualnych systemów, co jest rozbieżne z zapisami wprowadzonymi w treści załącznika nr 1 do SIWZ, gdzie Zamawiający wskazuje otwarty katalog danych do zmigrowania (poprzez określenie „**w szczególności**”):

Część D. Migracja danych.

(...)

4. Migracja danych obejmuje w szczególności:

- a) przeniesienie danych wszystkich pacjentów z obecnie używanego systemu,
- b) przeniesienie danych wszystkich pobyków z obecnie używanego systemu,
- c) przeniesienie wszystkich danych rozliczeniowych z obecnie używanego systemu,
- d) nowy system musi umożliwić wgląd w historyczne pobyty pacjentów bez konieczności wylogowania się z systemu HIS,
- e) nowy system musi umożliwiać wykorzystanie danych archiwalnych do budowania formularzy i raportów,
- f) rozliczenia z NFZ.

Tymczasem Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający powinien wyraźnie (w formie katalogu zamkniętego) wskazać Wykonawcy zakres danych, których zmigrowanie przez Wykonawcę będzie uznane przez Zamawiającego za poprawne wykonanie umowy, bo tylko tak opisaną migrację Wykonawca jest w stanie prawidłowo zidentyfikować, a następnie oszacować koszty wykonania.

Ponadto Zamawiający nakłada na Wykonawcę - zgodnie z treścią dokumentacji – obowiązek dokonania analizy i migracji danych oraz zapewnienia, że ciągłość pracy Zamawiającego zostanie utrzymana.

Część D. Migracja danych.

1. Migracja posiadanych danych w systemie MiniInfoMedica oraz AMMS (dane od dnia 1 stycznia 2008 roku).
2. Wykonawca, w ramach realizacji zamówienia, dokona analizy i migracji danych oraz zapewni, że ciągłość pracy Zamawiającego zostanie utrzymana.
3. Przed przystąpieniem do prac związanych z migracją danych Wykonawca przedstawi Zamawiającemu procedurę przeniesienia danych z obecnie eksploatowanych systemów do systemu wdrażanego. Procedura ta powinna umożliwić korzystanie z nowych funkcjonalności, a w szczególności zagwarantować realizację wymagań zawartych w SIWZ co do funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga również prezentacji procesu umożliwiającego weryfikację zmigrowanych danych.

Zamawiający w swojej odpowiedzi nie odniósł się również do pozostałych zarzutów i wniosków płynących z odwołania, jak chociażby zarzutu o braku informacji potrzebnych do przeprowadzenia migracji i konieczności zapewnienia przez Zamawiającego pełnego zakresu danych do migracji danych rozliczeniowych wprowadzając jedynie zapis, że, „zapewni pliki w ramach komunikatów ŚWIAD”. Należy zwrócić uwagę, że to jedynie część informacji, o które wnioskował Odwołujący, które Zamawiający winien niezbędnie uzupełnić w SIWZ, aby wykonawca mógł zrealizować zobowiązanie w zakresie ciągłości danych rozliczeniowych.

Podnieść z tego miejsca należy argumentację przytoczoną w ramach odwołania złożonego w dniu 27.02.2020 r.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wprowadzając do treści SIWZ obowiązek przeprowadzenia procesu migracji danych przez wykonawcę, nie wskazał żadnych konkretnych i jednoznacznych informacji oraz parametrów odnoszących się do eksploatowanych przez Zamawiającego systemów informatycznych, jak również nie wskazał w sposób konkretny, jakie dane wykonawca miałby migrować, ograniczając się do wskazania nazwy producenta obecnie używanego przez Zamawiającego systemu i nazwy posiadanych modułów.

Taki opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie udostępnia Wykonawcy żadnych informacji w odniesieniu do systemu informatycznego, z którego obecnie Zamawiający korzysta ani żadnych informacji dotyczących danych, za migrację których zgodnie z treścią SIWZ odpowiedzialny będzie wykonawca, w sposób rażący

narusza zasady uczciwej konkurencji oraz dyrektywy ustawowe w zakresie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, ustanowione w treści art. 29 ust. 1 PZP.

Zamawiający zobowiązany jest w świetle ustawy PZP, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący wskazuje, że brak dostarczenia potencjalnym wykonawcom informacji co do zakresu i ilości danych mających podlegać procesowi migracji, jak również brak wskazania parametrów systemu informatycznego, z którego ta migracja ma mieć miejsce, uniemożliwia ustalenia zakresu powyższego obowiązku, oraz odpowiedniego uwzględnienia go podczas dokonywania wyceny oraz składania oferty. Poprzez tak sformułowane postanowienia SIWZ, Zamawiający w istocie przerzuca na wykonawcę obowiązek ustalenia wymagań i warunków technicznych migracji danych. Na tym etapie, wykonawcy nie otrzymali żadnych konkretnych informacji dotyczących migracji danych – w szczególności w zakresie ilości i rodzajów baz danych i ich struktury i rodzaju, a także samego sposobu przeprowadzenia migracji oraz jej zakresu, a tym samym przedmiot zamówienia jest dla nich niezrozumiały.

Ponadto Zamawiający wprowadza obowiązek migracji danych od 1 stycznia 2008 r. w szczególności danych dotyczących zakresu rozliczeń z NFZ (część D - Migracja danych, pkt. 4, ppkt. c, f). Z wiedzy Odwołującego wynika, że niezbędne w tym celu jest zapewnianie przez Zamawiającego informacji o:

- numerze wersji rozliczeniowej zestawów,
- czasie generacji zestawów,
- czasie ostatniej modyfikacji,
- numerze wersji pozycji rozliczeniowej,
- numerze pozycji rozliczeniowej,
- numerze instalacji,
- ID cykli oraz sesji terapeutycznych,
- ID instalacji zestawów,
- ID instalacji pozycji rozliczeniowej.
-

. Ponadto dla każdego zestawu przedstawiony powinien zostać status potwierdzenia zestawu świadczeń oraz status pozycji rozliczeniowych z podaniem kolejności ich potwierdzeń w formie niezaszyfrowanej. Dla każdego świadczenia powinna zostać dodana informacja o tym czy dany zestaw świadczenia z wybranego roku został wysłany w wersji komunikatu wyższej niż obowiązywała w momencie jej utworzenia. Zamawiający powinien przekazać ponadto numery wersji komunikatu ŚWIAD dla których dane zestawy był ostatnio pozytywnie potwierdzone przez NFZ.

Migracja jest punktem wdrożenia, który wymaga szczególnej współpracy firmy zlecającej migrację i ją wykonującej. Odwołujący pragnie zaznaczyć, że nowy Wykonawca może odpowiadać tylko za proces migracji, a nie za jakość migrowanych danych.

Podkreślenia wymaga fakt, że podstawą do wykonania jakiejkolwiek migracji, a także do wyceny migracji i podjęcia decyzji co do możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu jest właściwie sporządzony opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien tak sporządzić opis przedmiot zamówienia, aby było to możliwe – kompletnie i precyzyjnie. Przedmiotowy zapis jednoznacznie faworyzuje producenta systemu wdrożonego u Zamawiającego firmy Asseco, która wdrożyła już u Zamawiającego rozwiązanie i posiada wymagane dane do migracji.

WNIOSEK:

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ polegającej na:

- 1) zapewnieniu danych do migracji w postaci plików CSV lub XLS zawierających dane do migracji wraz z dokumentacją umożliwiającą pełną identyfikację zawartości tych plików;**
- 2) wskazaniu wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja a w szczególności m.in.:**
 - struktury poszczególnych baz danych;**
 - sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych, itp.;**
 - zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów itd.);**

lub jeśli analiza po wglądzie do danych Zamawiającego wykaże, że część lub niektóre dane będą niemożliwe do migracji Zamawiający zrezygnuje z migracji tych danych i ustali na analizie wdrożeniowej zakres tych danych które są możliwe do integracji w tym minimum: pacjenci, jednostki organizacyjne, kolejki

- 3) dla zapewnienia możliwości migracji danych rozliczeniowych informacji o:**

- a. numerze wersji rozliczeniowej zestawów,
- b. czasie generacji zestawów,
- c. czasie ostatniej modyfikacji,
- d. numerze wersji pozycji rozliczeniowej,
- e. numerze pozycji rozliczeniowej,
- f. numerze instalacji,
- g. ID cykli oraz sesji terapeutycznych (o ile istnieją)
- h. ID instalacji zestawów,
- i. ID instalacji pozycji rozliczeniowej.

oraz

- j. dla każdego zestawu przedstawienia statusu potwierdzenia zestawu świadczeń oraz statusu pozycji rozliczeniowych z podaniem kolejności ich potwierdzeń w formie niezaszyfrowanej,
- k. dla każdego świadczenia przekazania informacji o tym czy dany zestaw świadczenia z wybranego roku został wysłany w wersji komunikatu wyższej niż obowiązywała w momencie jej utworzenia.
- l. przekazania numerów wersji komunikatu ŚWIAD dla których dane zestawy był ostatnio pozytywnie potwierdzone przez NFZ.

albo

4) ograniczeniu zakresu migracji danych dotyczących przeniesienia danych rozliczeniowych z zachowaniem ciągłości rozliczeń – korekty i nadwykonania – w nowo wdrażanym systemie, oraz wprowadzenie zapisu, iż w celu realizacji archiwalnych korekt i nadwykonań, Zamawiający pozostawi w swojej siedzibie jedną instalację aktualnego systemu (1 licencja), która bez aktualizacji umożliwi realizację tego wymagania.

III.

Przedmiotem zamówienia zgodnie z treścią SIWZ jest: Zakup, dostawa, wdrożenie, konfiguracja Szpitalnego Systemu Informatycznego dla części medycznej, licencje, instruktaż personelu, gwarancja i **serwis pogwarancyjny**. W tym miejscu Wykonawca wskazuje, iż pomimo uwzględnienia odwołania w całości, Zamawiający nie wykonał modyfikacji SIWZ, o którą wnosił wykonawca.

Zgodnie z treścią SIWZ:

3. Gwarancja i serwis pogwarancyjny:

- a) Wykonawca zapewnia 60-miesięczny okres gwarancji na przedmiot zamówienia, liczony od daty podpisania "Protokołu odbioru końcowego HIS" oraz **60-miesięczny serwis pogwarancyjny liczony od upływu okresu gwarancji**, w ramach których Wykonawca, zgodnie z ofertą, zapewnia:
 - 1) pełną funkcjonalność systemu HIS,
 - 2) **udostępnienie poprawek do oprogramowania i usuwanie błędów w oprogramowaniu w cenie oferty, dostarczanie nowych, zgodnych technologicznie wersji elementów systemu informatycznego, które powstają w związku ze zmianami w przepisach i normach prawnych (aktualizacje prawne), które system wykorzystuje, lub na których opiera swoje założenia funkcjonalne w cenie oferty,**

- 3) serwis całości przedmiotu zamówienia, w tym aktualizacje systemu zgodnie z zaleceniami producenta, zmiany konfiguracji; aktualizacje będą wykonywane po ustaleniu terminu z Zamawiającym i po uprzednim poinformowaniu Zamawiającego, z co najmniej 24-godzinnym wyprzedzeniem,
- 4) świadczenie usługi serwisowej całodobowo,
- 5) usługi wdrożeniowe oraz wsparcie nad systemem HIS i pracownikami oraz dostarczonym oprogramowaniem,
- 6) usuwanie na bieżąco błędów systemu i oprogramowania wdrażanego, a następnie oddanego do użytkowania,
- 7) wdrażanie na bieżąco aktualizacji i poprawek, w tym poprawek bezpieczeństwa w oprogramowaniu po przetestowaniu w środowisku testowym,
- 8) możliwość zgłaszania problemów poprzez witrynę internetową - HelpDesk oraz telefonicznie i mailowo, w tym udzielanie konsultacji całodobowo.

Zgodnie z treścią SIWZ (§ 5 projektu umowy):

4. Faktury VAT z tytułu wykonania serwisu pogwarancyjnego będą wystawiane przez Wykonawcę na koniec każdego miesiąca świadczenia usługi (tj. miesięcznie z dołu za każdy miesiąc usługi) z odliczeniem ewentualnego czasu przestoju systemu, sprzętu, a termin płatności każdej faktury wynosić będzie 60 dni od daty jej otrzymania przez Zamawiającego.

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych, aby przedmiotem zamówienia objąć tak opisane świadczenie serwisu pogwarancyjnego, które ma się rozpocząć po zakończeniu gwarancji (a więc po upływie 60 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego). Wykonawca wskazuje, iż rozumie prawo Zamawiającego do zabezpieczenia swojego interesu poprzez takie sformułowanie SIWZ, które umożliwi konkurencyjne udzielenie kolejnego zamówienia na serwis pogwarancyjny, jak i fakt, że system będzie musiał być serwisowany po okresie gwarancji, niemniej realizacja tego prawa nie może polegać na „wtłoczeniu” tego serwisu pogwarancyjnego w postępowanie dotyczące szeroko rozumianego wdrożenia systemu z gwarancją i przerzuceniu na wykonawców ryzyk związanych ze skalkulowaniem wynagrodzenia w perspektywie 10 lat (60 miesięcy gwarancji + 60 miesięcy serwisu pogwarancyjnego). Jasno trzeba wskazać, iż ustawa PZP takiego działania zabrania, chyba że Zamawiający wykaże stosowne przesłanki oraz zawiadomi Prezesa UZP o zamiarze udzielenia takiego zamówienia. Wykonawca podnosi, iż nie jest w stanie oszacować kosztów oferty w tym zakresie, ze względu na zbyt odległy okres – co więcej Wykonawca kwestionuje sposób oszacowania oferty przez Zamawiającego. O ile perspektywa 5 lat gwarancji jest perspektywą standardową, o tyle perspektywa dodatkowych 5 lat serwisu pogwarancyjnego jest nadmierna i nieproporcjonalna.

Wykonawca wskazuje ponadto, iż połączenie w jednym postępowaniu szeroko rozumianego wdrożenia systemu z gwarancją oraz **serwisu pogwarancyjnego** prowadzi de facto do obejścia przepisów nowej ustawy PZP, będącej w okresie vacatio legis, które Zamawiający miałyby obowiązek zastosować, gdyby prawidłowo chciał oszacować i udzielić zamówienia – w powiązaniu czasowym z okresem jego wykonywania. Podkreślić należy, iż nie mówimy tu o udzieleniu zamówienia z rozsądnym okresem zapewniającym Zamawiającemu ciągłość usługi, ale właśnie o nadmiernym, nieproporcjonalnym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminu wykonywania usługi serwisu pogwarancyjnego.

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający zaniechał sporządzenia uzasadnienia zawarcia umowy w zakresie świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego na okres dłuższy niż 48 miesięcy i umieszczenia tego uzasadnienia w protokole postępowania, a także zaniechał obligatoryjnego zawiadomienia Prezesa UZP w tym zakresie z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Dla porządku, z daleko posuniętej ostrożności, Wykonawca zarzuca Zamawiającemu również, iż we wzorze umowy Zamawiający nie umieścił obligatoryjnej przesłanki waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w art. 142 ust. 5 lit. d) ustawy PZP, czym naruszył ten przepis.

WNIOSEK:

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez usunięcie z przedmiotu zamówienia serwisu pogwarancyjnego i dostosowanie pozostałych postanowień SIWZ (np. kryteriów oceny ofert) do zmodyfikowanego przedmiotu zamówienia; niezależnie – umieszczenie we wzorze obligatoryjnej przesłanki waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w art. 142 ust. 5 lit. d) ustawy PZP.

IV. FORMULARZ OFERTOWY

Po zapoznaniu się ze zmianami z 12.03.2020 r. w związku z całkowitym uwzględnieniem odwołania, Odwołujący wnosi, że przedstawiony nowy wzór formularza ofertowego wskazany jako Załącznik Nr 3 do SIWZ jest nieprecyzyjny, niespójny z pozostałymi zmianami oraz zawiera nowe elementy, w żaden sposób nieopisane w ramach przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią SIWZ – Formularz ofertowy:

Oferta cenowa

Oferujemy następującą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia:

I. System HIS

(...)

3. Koszt utrzymania:

- do 60 miesięcy pełnej sprawności – pełny serwis*
- od 60 do 120 miesięcy pełnej sprawności – pełny serwis
- aktualizacje do obowiązujących przepisów
- zmiany i dostosowania na życzenie użytkownika
- każdorazowa integracja z innym systemem

*w cenie nabycia

[...]

Razem

(L.p.1 + L.p.2 + L.p.3 + L.p.4 + L.p.5):

Razem kwota brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia słownie:

..... zł

Zamawiający formułuje wzór na cenę razem za wykonanie przedmiotu zamówienia, która to cena jest jedynym kryterium oceny ofert. Według wzoru wszystkie składniki oferty powinny zostać zsumowane.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż w istocie nie wiadomo, jak ten formularz należy wypełnić. W szczególności nie wiadomo, co dokładnie Zamawiający rozumie pod pojęciem „cena nabycia” (czy to to samo co „koszt nabycia?”) i jak „cena nabycia” ma się do trzech pozycji, które Zamawiający wyspecyfikował w § 4 ust. 1 i 2 umowy:

- 1) *Wynagrodzenie za System HIS - zakup, dostawa, wdrożenie, konfiguracja Szpitalnego Systemu Informatycznego dla części medycznej, licencje, instruktaż personelu wraz z 60-miesięczną gwarancją:*
- 2) *Wynagrodzenie za Bramkę do Oprogramowania Serwera Komunikacyjnego:*
- 3) *Wynagrodzenie za 60 miesięczny serwis pogwarancyjny:*

2. Razem cena za realizację brutto zamówienia wynosi: [...].

W cenie nabycia (oznaczenie gwiazdką) Zamawiający żąda kosztu utrzymania do 60 miesięcy pełnej sprawności – pełny serwis. A contrario – wydaje się, iż pozostałe elementy – od 60 miesięcy do 120 pełnej sprawności, aktualizacje do obowiązujących przepisów, zmiany i dostosowania na życzenie użytkownika, każdorazowa integracja z innym systemem – nie jest w „cenie nabycia”.

O ile można by jeszcze przyjąć (choć sama konieczność „przyjmowania pewnych założeń przez wykonawcę” – świadczy o tym, że Formularz Ofertowy jest nieprecyzyjny), że wynagrodzenie za 60-miesięczny serwis pogwarancyjny (§ 4 ust. 1

lit. c) jest tym samym co „od 60 miesięcy do 120 pełnej sprawności” – to co z pozostałymi elementami i jak się mają do ceny razem za realizację zamówienia?

Wykonawca wskazuje, iż nie jest możliwe oszacowanie kosztów pozycji:

- 60-120 miesięcy pełnej sprawności – pełnego serwisu
- aktualizacji do obowiązujących przepisów
- zmian i dostosowania na życzenie użytkownika (každorazowa zmiana)
- każdorazowa integracja z innym systemem.

Wykonawca nie wie, co ma wpisać na poszczególnych pozycjach i jakie założenia przyjąć, co sprawi, że generalnie każdy Wykonawca wypełni arkusz na innych założeniach, a złożone oferty będą nieporównywalne.

Przykładowo – aktualizacje do obowiązujących przepisów – jaki limit godzin tego świadczenia należy przyjąć i w jakim okresie mają być realizowane (i którą kwotę wpisać, skoro są elementem zarówno serwisu gwarancyjnego, jak i serwisu pogwarancyjnego – skalkulowanych w innych pozycjach Formularza ofertowego)? Wykonawca wskazuje, że nie ma żadnych założeń, które pozwolą mu skalkulować tę kwotę, bo nikt łącznie z Zamawiającym nie wie, jakie będą przepisy prawne w przyszłości. Ponadto Wykonawca wskazuje, że taki Formularz Ofertowy w istocie prowadzi do powielenia niektórych kwot w różnych pozycjach Formularza (aktualizacje będą liczone w pozycji dot. serwisu gwarancyjnego, serwisu pogwarancyjnego i oddzielnie w pkt. 3), co wypacza zastosowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert – 100% cena.

SIWZ nie przewiduje świadczenia w postaci: „zmian i dostosowania na życzenie użytkownika” – nie wiadomo, kim jest użytkownik, o jakie zmiany i dostosowania chodzi, jaki limit godzin tego świadczenia należy przyjąć i w jakim okresie mają być realizowane – oraz na czym w istocie owo świadczenie ma polegać. Wykonawca wskazuje, że nie ma żadnych założeń, które pozwolą mu skalkulować tę kwotę, gdyż odnosi się ona do świadczenia, które w ogóle nie jest opisane w opisie przedmiotu zamówienia.

Jeśli Zamawiający przez każdorazową integrację z systemem rozumie (zryczałtowany) koszt JEDNEJ integracji z systemem – to podtrzymując uprzednie wywody dot. niemożliwości wyceny hipotetycznej integracji bez jakichkolwiek danych – należy wskazać, że zsumowanie pozycji jest w takim razie bez sensu (wypacza zastosowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert), chyba że Zamawiający zakłada dokonanie dokładnie JEDNEJ integracji w toku realizacji umowy – ale takie założenie stoi w sprzeczności z treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Jeśli Zamawiający przez każdorazową integrację z systemem rozumie (zryczałtowany) koszt WSZYSTKICH integracji z systemem – to podtrzymując uprzednie wywody dot. niemożliwości wyceny hipotetycznej integracji bez jakichkolwiek danych – wskazać należy, że nikt, łącznie z Zamawiającym, nie wie, ile tych integracji będzie i na jakich zasadach będą się odbywać – w jakich warunkach prawnych, z jakim systemem, w

jakim zakresie etc. Trzeba podkreślić, że w takich przypadkach Wykonawca musi znać założenia do kalkulacji oferty - jaki limit godzin tego świadczenia należy przyjąć i w jakim okresie ma być realizowane – takie założenie musi też wynikać z opisu przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie należy wskazać, iż w odpowiedzi na odwołanie uprzednio wniesione przez Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że:

[Zamawiający] Jednocześnie wskazuje, określa ryczały integracyjny dla każdej dalszej ewentualnej integracji z innymi systemami, który umożliwi Wykonawcy jako profesjonalnemu obrotu wskazanie ilości godzin i ich kosztu dla ewentualnych integracji systemu HIS w przyszłości z innymi systemami informatycznymi.

Ponadto Zamawiający dokonał także (kwestionowanej przez Odwołującego) modyfikacji SIWZ w następujący sposób:

W ramach złożonej oferty powinien zostać określony koszt integracji z oprogramowaniem innych producentów i cena ta powinna być wiążąca przez okres 10 lat, chyba że w aktualnym na dzień zamówienia takiej usługi Wykonawca w cenniku posiada niższą cenę wskazaną w formularzu oferty cenę ryczałtową, każdorazowej integracji.

Zamawiający dokonał także (kwestionowanej poprzednio przez Odwołującego) modyfikacji SIWZ w następujący sposób:

W ramach złożonej oferty powinien zostać określony koszt integracji z oprogramowaniem innych producentów i cena ta powinna być wiążąca przez okres 10 lat, chyba że w aktualnym na dzień zamówienia takiej usługi Wykonawca w cenniku posiada niższą cenę wskazaną w formularzu oferty cenę ryczałtową, każdorazowej integracji.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, iż na pozycji 4 Formularza ofertowego Koszt wycofania z eksploatacji pojawiły się pozycje „przygotowanie do migracji do nowego systemu”; „recycling danych”. SIWZ nie przewiduje świadczenia takiej w postaci – nie wiadomo, o jakie przygotowanie chodzi, co wchodzi w jego zakres, jaki jest ZAKRES MIGRACJI do nowego systemu, jaki to nowy system, czym jest „recycling danych”, jaki limit godzin tego świadczenia należy przyjąć i w jakim okresie ma być realizowane – oraz na czym w istocie owo świadczenie ma polegać. Wykonawca wskazuje, że nie ma żadnych założeń, które pozwolą mu skalkulować tę kwotę, gdyż odnosi się ona do świadczenia, które w ogóle nie jest opisane w opisie przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje rażącą niespójność zapisów oraz fakt, iż w/w braki w opisie przedmiotu zamówienia świadczą także o tym, że Zamawiający .

WNIOSEK:

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

- 1) wyspecyfikowanie, co wchodzi w skład ceny za realizację przedmiotu zamówienia, którą to cenę Wykonawca oferuje i która łącznie będzie ujęta w**

§ 4 ust. 2 umowy; skonstruowanie formularza ofertowego z uwzględnieniem podziału wynikającego z § 4 ust. 1 umowy (albo dostosowanie treści umowy do treści Formularza Ofertowego); wskazanie, co jest kosztem podlegającym ocenie w ramach kryteriów oceny ofert i wskazanie jednolitych dla wszystkich wykonawców założeń, jakie należy przyjąć do kalkulacji tych kosztów – w szczególności w pkt 3 i 4 Formularza Ofertowego.

2) usunięcie z Formularza Ofertowego pozycji nieopisanych w opisie przedmiotu zamówienia, względnie uzupełnienie opisu tych pozycji w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

V. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY

W tym miejscu Wykonawca wskazuje, iż po zapoznaniu się z pierwotnie określonym wzorem umowy Odwołujący uznał, że jego zapisy rażąco naruszają równowagę prawną i ekonomiczną stron poprzez określenie zbyt wysokiego ryzyka finansowego wykonawcy związanego z realizacją umowy na gruncie odpowiedzialności kontraktowej, nieadekwatnego do uzasadnionych potrzeb, jak i celu klauzul dotyczących odpowiedzialności kontraktowej (w tym kar umownych). Powyższe powoduje, że Odwołujący, pomimo zainteresowania realizacją zamówienia i posiadania potencjału dla jego należytego wykonania nie może złożyć oferty, gdyż w/w zapisy czynią realizację kontraktu wysoce ryzykowną i wątpliwą.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z pierwotną treścią SIWZ:

§ 10

1. Wykonawca zobowiązuje się do należytego wykonywania obowiązków wynikających z niniejszej umowy w szczególności w zakresie sprawności funkcjonowania systemu stanowiącego przedmiot umowy przez cały okres obowiązywania umowy.
2. **Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego następujące kary umowne:**
 - a) **0,2 % kwoty określonej w § 4 ust. 1 lit. a) Umowy za każdy dzień opóźnienia w terminie, o którym mowa w § 2 niniejszej Umowy,**
 - b) **0,02% kwoty określonej w § 4 ust. 1 lit. a) umowy za każdą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu do usunięcia wad systemu wskazanego w § 8 ust. 8., przy czym w przypadku zdarzenia krytycznego jeżeli czas niesprawności stanowi krotności deklarowanego czasu usunięcia niesprawności, wówczas kary umowne ulegają zwiększeniu i stanowi iloraz czasu niesprawności ponad wartość deklarowaną i kwoty 0,02% określonej w § 4 ust. 1 lit. a) umowy.**
3. W przypadku niespójnych wyników testów migracyjnych Wykonawca może naliczyć dodatkową karę umowną w wysokości 2 % wartości kwoty wskazanej w § 4 ust. 2 niniejszej Umowy.
4. Odstąpienie przez Zamawiającego od Umowy z przyczyn określonych w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w sytuacjach niezależnych od

Zamawiającego np. brak środków na finansowanie Umowy ze względu na warunki finansowe narzucone przez płatnika świadczeń zdrowotnych np. Narodowy Fundusz Zdrowia, zmiana sposobu rozliczania się z płatnikiem świadczeń zdrowotnych - Narodowym Funduszem Zdrowia, wówczas to Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części Umowy i zrzeka się on prawa do wynagrodzenia z tytułu niezrealizowania części umowy.

5. Kwoty z tytułu Kary umownej są płatne w terminie 7 dni od dnia wezwania Wykonawcy do ich zapłaty. W przypadku w którym płatność kwot kary umownej nie zostanie dokonana w powyższym terminie Wykonawca wyraża zgodę na ewentualne potrącenie kwot naliczonych kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia, poprzez zmniejszenie zapłaty z wystawionych przez Wykonawcę faktur VAT.
6. Jeżeli poniesiona szkoda będzie wyższa niż kara umowna, Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania przekraczającego karę umowną, a Zamawiający może dochodzić odszkodowania na drodze cywilno – prawnej w zakresie rzeczywistej straty jak i utraconych korzyści.

W dniu 12.03.2020 r. Zamawiający zmienił treść SIWZ w ten sposób, iż w ust. 2 dopisał:

„przy czym maksymalna wartość kar umownych z tytułu opóźnienia zostaje ograniczona do kwoty, o której mowa w § 4 ust. 1 lit. a) Umowy”.

Odwołujący podziela pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 28.01.2019r. sygn. akt KIO 26/19 wskazujący, iż samo przytoczenie orzecznictwa oraz ogólna argumentacja dotycząca kar nie jest wystarczająca do uwzględnienia zarzutu dotyczącego kar rażąco wygórowanych.

*Izba w wyroku tym wskazała, że „W rzeczywistości, w odniesieniu do wszystkich żądań, Odwołujący poza powołaniem się na orzecznictwo w zasadzie nie przedstawił merytorycznej argumentacji, która miałaby uzasadniać rażące wygórowanie kar umownych i propozycje zmian. W tym miejscu należy podkreślić, iż **poprzestanie na samym odwołaniu się do orzecznictwa, bez jego odniesienia do konkretnych postanowień umownych i wyjaśnienia dlaczego właśnie kara na tak ustalonym poziomie jest karą wygórowaną i to w sposób rażący, nie jest wystarczającym uzasadnieniem faktycznym podnoszonych naruszeń. Kary umowne zostały zastrzeżone za ściśle określne uchybienia i to rolą Odwołującego, jak strony wywodzącej z tego faktu skutki prawne, było wykazanie, że w przypadku tych konkretnych uchybień obowiązek zapłaty kary umownej w określonej wysokości nie znajduje uzasadnienia**”.*

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że znane są mu poglądy wyrażane w części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które – co do zasady – odmawiały

uwzględniania odwołań skarżących kary umownej i generalnie zasady odpowiedzialności Wykonawcy pod kątem naruszania równowagi stron. W orzecznictwie tym powoływano się na następujące argumenty:

- i. zasada swobody ofertowania (jeżeli Wykonawcy nie odpowiadają zapisy umowne – nie musi składać oferty)
- ii. specyfika postępowań o udzielenie zamówienia usprawiedliwia brak równowagi stron (zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtują zapisy umowne)
- iii. wykonawca może „kompensować” blokujące zapisy umowne związane z karami umownymi poprzez odpowiednią kalkulację ceny która skompensuje ryzyko wysokich, kumulatywnych czy Nielimitowanych kar
- iv. wykonawcy na etapie realizacji zawsze pozostaje droga postępowania sądowego (miarkowanie kar przez sąd)
- v. Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie

Odwołujący wskazuje, że głęboko nie zgadza się z tak stawianymi tezami oraz nie zgadza się z wnioskami do których tezy te prowadzą: mianowicie do odmawiania w efekcie przedsiębiorcom prawa do skutecznego kwestionowania zapisów kontraktowych u Zamawiających publicznych przed sądem (arbitrażowym).

O ile Krajowa Izba Odwoławcza pieczołowicie i znakomicie broni precyzyjności i jednoznaczności zapisów OPZ na gruncie art. 29 ust. 1 PZP. to w zakresie zapisów umownych w zasadzie oddaje pola Zamawiającym. Tymczasem to jak jest kształtowana odpowiedzialność wykonawcy na gruncie SIWZ składa się również na opis przedmiotu zamówienia. Wynikające z kontraktu zawieranego w ramach ZP. zapisy umowne dotyczące odpowiedzialności są przecież istotnym elementem zawieranego w wyniku przetargu zobowiązania.

Zdaniem Odwołującego wskazywanie na swobodę ofertowania („jeżeli wykonawcy nie odpowiadają warunki odpowiedzialności, to nie musi składać oferty” (i.) obarczone jest niestety ignorowaniem stanowiska i interesu jednej ze stron stosunku zamówieniowego (Wykonawcy), a co za tym idzie – do uprzywilejowywania Zamawiających, co nie ma żadnego uzasadnienia. Omawiane stanowisko traci też z pola widzenia istotę Ustawy Pzp. – a mianowicie konkurencyjność (wszak im więcej oferentów tym lepiej dla konkurencyjności, w tym dla samych Zamawiających i finansów publicznych).

Odnosząc się do twierdzenia o wyższości interesu Zamawiających nad interesem przedsiębiorców czy wykonawców (ii) w ocenie Odwołującego stanowisko takie jest absolutnie błędne i głęboko nieuzasadnione prawnie i ontologicznie. Żadna norma Pzp. (ani inna norma prawna, wliczając w to kodeks cywilny i konstytucję) nie artykułuje

prymatu interesu Zamawiającego nad interesem Wykonawcy. Przeciwnie – należy podkreślić, że wobec prawa wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku są równe. Utrwalanie w/w linii orzeczniczej ugruntowuje niesłuszne rozumienie prymatu Zamawiającego nad wykonawcami. Jego słuszne rozumienie ma uwzględniać specyfikę polegającą na tym, że autorem wzorca umowy w przetargach jest Zamawiający. I tylko na tym. Uprzywilejowanie polegające na byciu autorem wzorca umowy nie oznacza jednak przyzwolenia na nadużywanie tej roli i zezwoleniu (za poparciem niektórych wyroków KIO) na całkowicie niesymetryczne kształtowanie zapisów kontraktowych, czy też obarczanie wykonawców wszelkimi ryzykami.

Z kolei wskazywanie, że Wykonawca może jakoby kompensować sobie ryzyka kontraktowe wysokością ceny (iii) pomija dwa istotne ograniczenia tej „kompensaty”. Po pierwsze pomija fakt, że wykonawcy są zmuszeni konkurować ze sobą, przede wszystkim (choć nie tylko) cenami, co oznacza, że odzwierciedlanie w cenie oferty ryzyk kontraktowych związanych z regulacjami dotyczącymi odpowiedzialności jest silnie ograniczona. Po drugie pomija fakt, że pełne odzwierciedlenie ryzyk jest w zasadzie niemożliwe na etapie oferty, choćby z tego powodu, że część z nich aktualizuje się i jest znana dopiero na etapie realizacji (np. dopiero wówczas znana jest ew. długość opóźnienia, znana jest awaryjność systemu i sposób jego obsługi oraz rozumienia przez Zamawiającego, co rzutuje na dotrzymanie SLA i ew. kary umowne itd.)

Odwoływanie się z kolei do zawsze możliwej drogi sądowej na etapie realizacji umowy (iv) jest w ocenie Odwołującego niezrozumiałe, gdyż niczego nie uzasadnia, ani nie rozstrzyga na etapie przetargu. Wszak we wnoszeniu środków ochrony prawnej w trybie Pzp. nie chodzi o to by ich nie wnosić, gdyż są inne, związane z realizacją umowy możliwe roszczenia i postępowania sądowe. W ocenie Wykonawcy Izba jak najbardziej jest w prawie i posiada kognicję w zakresie orzekania o zapisach kontraktowych zawartych w SIWZ, w tym w zakresie kar umownych i odpowiedzialności.

Odwołujący nie zgadza się również ze spotykanym w niektórych wyrokach KIO (oddalających odwołania dotyczące kar umownych) uzasadnieniem, polegającego na jakoby „niemożności narzucania zamawiającemu” w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa. Przecież Izba czyni to („naruca”) nieustannie, w licznych wyrokach dotyczących SIWZ czy odpowiedzi na pytania do SIWZ, orzekając co do konkretnych i precyzyjnych żądań odwołujących regulujących rozmaite aspekty zamówienia. Nie jest zrozumiałe, dlaczego akurat zapisy dotyczące kar umownych czy zasad odpowiedzialności kontraktowej miałyby być inaczej potraktowane. Tym bardziej, że istnieją normy prawne, znajdujące zastosowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, które mogą być przez projektowane zapisy wzorców umów naruszane.

Odwołujący domaga się niniejszym odwołaniem potraktowania zawartych w nim zarzutów w sposób odbiegający od opisanej wyżej linii orzeczniczej (powyższe uwagi natury ogólnej odnoszą się również do zarzutu dotyczącego braku limitacji odpowiedzialności wykonawcy). Wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku są wobec prawa równe niezależnie od tego czy wydają własne, czy publiczne pieniądze. Choćby dlatego, że owe publiczne pieniądze nie są „niczyje”, czy „państwowe” lub „samorządowe” lecz również w części pochodzą od wykonawców, czyli przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego możliwe jest orzeczenie analizujące i rozstrzygające, czy w okolicznościach faktycznych tego konkretnego przedmiotu umowy i jego specyfiki wskazane zapisy o karach umownych rzeczywiście pełnią swoją funkcję (stymulującą, represyjną, kompensacyjną, czy symplifikacyjną), czy jednak są to kary rażąco wygórowane, a całość regulacji narusza zasady współżycia społecznego, jest sprzeczna z art. 5 kc. oraz przeciwna naturze stosunku prawnego, wynikającego z umowy (jak również naturze samej instytucji kar umownych).

Odwołujący podkreśla również, że istnieją liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dostrzegające wnioskowany aspekt poruszany w odwołaniu, precyzyjnie punktując i uznając za własne wyrażane poglądy doktrynalne, obalające prymat Zamawiających nad przedsiębiorcami.

W orzeczeniach tych Krajowa Izba Odwoławcza wprost odwołuje się do takiego rozumienia zasad obowiązującego porządku prawnego, w których prawo zamawiających do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego. Powołuje się tu właśnie zakaz nadużywania swego prawa podmiotowego przez zamawiających, co wywodzone jest z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z art. 5 kc. (zakaz czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony).

W tej grupie wyroków KIO dostrzegane i powoływane są następując wypowiedzi orzecznicze:

- Wyrok SN z 08.05.2014 r. sygn. akt V CSK 322/13 – „Odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania”;
- Wyrok SN z 14.01.2016r. sygn. akt IV CSK 223/15 – „Obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary

umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy”.

- Wyrok SN z 24.04.2014 r. sygn. akt III CSK 178/13 – „Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych”.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, dokonana przez Zamawiającego zmiana, limitująca odpowiedzialność z tytułu kary umownej z tytułu opóźnienia do 100% wartości wynagrodzenia Wykonawcy za System HIS - zakup, dostawa, wdrożenie, konfiguracja Szpitalnego Systemu Informatycznego dla części medycznej, licencje, instruktaż personelu wraz z 60-miesięczną gwarancją jest zmianą pozorną i w żaden sposób nie niweluje nieuzasadnionej dysproporcji pomiędzy interesem Zamawiającego w zabezpieczeniu prawidłowego wykonania umowy, a realnymi możliwościami w kalkulowania ryzyk związanych z wykonaniem umowy przez Wykonawcę. Wykonawca w tym miejscu zwraca uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w okolicznościach siły wyższej (stan epidemii) – i tym bardziej strony (w tym sam Zamawiający) nie są w stanie przewidzieć, kiedy i w jaki sposób będzie realizowana zawarta wskutek udzielenia zamówienia publicznego umowa, co przemawia za dostosowaniem jej postanowień do realiów obrotu gospodarczego (oraz realiów działalności podmiotów leczniczych) w okresie realizacji.

Wykonawca zwraca uwagę, że wprowadzony limit kary umownej (choć sam w sobie jest zjawiskiem pożądanym) jest stanowczo za wysoki i wprowadzono go bez analizy skutków takiej a nie innej wysokości. Tymczasem już proste działanie sprawia, iż dochodzimy do wniosku, że limit w przypadku lit. a) wyczerpie się dopiero po 41,5 miesiącach opóźnienia w wykonaniu zobowiązania (tymczasem termin wykonania umowy to 12 miesięcy), a w przypadku lit. b) po ponad 17 miesiącach. Tak naliczona kara umowna nie spełnia swojej funkcji – a raczej doprowadza do bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego.

Wykonawca wskazuje, że standardową wysokością kar za odstąpienie od umowy w przypadku jej całkowitego niewykonania jest wartość ok. 10% - 20% wartości wynagrodzenia – i taki też limit kar umownych ma charakter proporcjonalny – gdyż Wykonawca, który wykonał umowę z opóźnieniem, nie może być traktowany gorzej, niż Wykonawca, który nie wykonał umowy wcale.

W rezultacie – przy jednoczesnym ukształtowaniu odpowiedzialności Wykonawcy na zasadzie odpowiedzialności za opóźnienie, a nie za zwłokę – Wykonawca nie jest w stanie wkalkulować ryzyka wynikającego z opóźnienia w koszt oferty. Takie postanowienia SIWZ (którego umowa jest integralną częścią) wprost naruszają art. 29 ust. 1 ustawy PZP, gdyż uniemożliwiają wykonawcy oszacowanie ryzyka i złożenie konkurencyjnej oferty, co może także prowadzić do naruszenia zasady racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, wyrażającej się w realizacji zamówienia publicznego przy możliwie najniższych środkach.

WNIOSEK:

Mając powyższe na uwadze wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez wprowadzenie limitacji naliczania kar umownych z tytułu opóźnienia do kwoty 10% wartości wynagrodzenia brutto.

PODSUMOWANIE

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

Z poważaniem,

Załączniki:

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