

Kraków, 27 lutego 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 treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opublikowanej w dniu 17.02.2020 r.), sformułowanej niezgodnie z PZP, 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,
- 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,
- 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,
- 4) **art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2a, 2c i 2d** poprzez niezgodnie z ustawą PZP sformułowanie kryterium oceny ofert w zakresie kryterium: **Cena brutto za 60-miesięczny serwis pogwarancyjny na warunkach gwarancji**, które to kryterium:
 - a. 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,
 - b. narusza zasadę, iż cena jako kryterium o wadze przekraczającej 60% może być stosowana wyłącznie przy spełnieniu określonych przesłanek, których Zamawiający nie dopełnił.
- 5) **art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP** poprzez niejednoznaczne i nieproporcjonalne sformułowanie warunku udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wskutek wprowadzenia w treść warunku

określenia nieprecyzyjnego i potocznego określenia „placówka o **profilu onkologicznym**” ,

- 6) **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 - mających charakter nielimitowanych kar przy jednoczesnej nielimitowanej odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

Wnioski Odwołującego zostały przedstawione pod kolejnymi zarzutami.

Termin wniesienia odwołania

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 17.02.2020 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

I. INTEGRACJA

Zgodnie z treścią SIWZ Część F, pkt 3, ppkt. 4.7 Zamawiający wprowadza następujący zapis:

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.

Mając na uwadze powyżej przytoczony punkt, Zamawiający formułuje obowiązek integracji przedmiotu zamówienia nie tylko z wymienionymi w treści specyfikacji systemami peryferyjnymi, ale również z posiadanymi przez Zamawiającego urządzeniami – 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 pracochłonność 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 oraz sprzętem innych producentów z góry na okres 10 lat. Wkalkulowanie takiego kosztu integracji nie jest możliwe, bo brak ku temu podstawowych danych.

Ponadto w Załączniku nr 1 do SIWZ dla Części medycznej e) Obsługa Gabinetów pkt. 62 Zamawiający formułuje wymaganie:

*Przegląd, wprowadzanie i modyfikacja danych wizyty w następujących kategoriach:
- możliwość przechwytywania pojedynczych klatek obrazu z kamery lub innego źródła, np. aparatu USG i dołączanie go do wyniku badania*

zgodnie z którym Zamawiający potwierdza przywołane wyżej wymaganie, jakoby potencjalny Wykonawca zobligowany był do integracji systemu z urządzeniami „np. aparatem USG”, na temat którego, ani żadnych innych urządzeń, Zamawiający nie wspomina wprost w treści specyfikacji.

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie dostarczył informacji dotyczących możliwości integracji z tymi urządzeniami. Tym samym Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert.

W treści SIWZ brak jest informacji dotyczących danych technicznych niezbędnych do przeprowadzenia integracji wraz z dokumentacją dotyczącą sposobu komunikacji systemu będącego przedmiotem zamówienia z posiadanymi urządzeniami tj. brak w SIWZ:

- wyszczególnienia urządzeń, które podlegać miałyby integracji wraz z dokumentacją opisującą zdolność komunikacji urządzeń z którymi ma być przeprowadzona integracja, sposobu komunikacji, opisu transakcji, konstrukcji pliku komunikatu transakcji, pełnej dokumentacji technicznej umożliwiającej integrację;
- opisu interfejsów wymiany danych z urządzeń z którymi ma nastąpić integracja wraz z dokumentacją;
- dokładnego opisu zakresu integracji, co do wartości, które powinny zostać pobierane i przetwarzane przez system klasy HIS;
- opisu struktury danych w jakich przechowywane są informacje w urządzeniach z którymi ma się integrować dostarczany system.

Brak precyzyjnego opisanie sposobu integracji systemu wykonawcy z urządzeniami w których posiadaniu jest Zamawiający, uwidacznia się również w odniesieniu do ewentualnego zakupu przez Zamawiającego nowych urządzeń – Zamawiający bowiem zaniechał wskazania, że w takim wypadku dostarczy wykonawcy informacje o zmienionych urządzeniach oraz zaniechał zwolnienia odpowiedzialności wykonawcy za brak integracji wynikający z działań lub zaniechań Zamawiającego i firm trzecich.

Szczególnie ma to znaczenie w obliczu faktu, iż Wykonawca musi zawrzeć koszt integracji z oprogramowaniem innych producentów i cena ta powinna być wiążąca przez okres 10 lat. W tym okresie może dojść do wielu nieprzewidzianych zdarzeń (mogą nastąpić okoliczności typu: wprowadzenie nowych formatów wymiany danych,

nowe architektury systemów informatycznych, które wpływają na utrzymanie systemu, w tym integracji) – w związku z tym, żaden Wykonawca nie jest w stanie zagwarantować stałej kwoty za integrację przyjmując tak długi okres.

Ta sama sytuacja znajduje odzwierciedlenie w przypadku 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.

Zamawiający poprzez niewskazanie konkretnych opisów tj. nazw producentów, modeli, opisów technicznych posiadanych urządzeń doprowadza do sytuacji, w której Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i zaplanować kosztów oferty. Tym samym Zamawiający nie zawarł wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na jej sporządzenie.

Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż potencjalny Wykonawca nie jest nawet w stanie przewidzieć czy systemy lub urządzenia, 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.

Odwołujący wskazuje, że SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia powinien być czytelny i zawierać wszystkie niezbędne informacje potrzebne Wykonawcom ubiegającym się o realizację zamówienia do przygotowanej rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. Wskutek tak sformułowanych postanowień SIWZ, wykonawcy nie mają wystarczającej wiedzy technicznej na temat urządzeń wykorzystywanych przez Zamawiającego, z którymi należy dokonać integracji.

Wobec braku dostarczenia przez Zamawiającego niezbędnych danych dotyczących integracji z posiadanymi urządzeniami, na chwilę obecną integracja urządzeń z dostarczonym systemem jest w istocie niemożliwa (brak jest informacji wystarczających na przeprowadzenie procesu integracji). Wykonawca taki również nie będzie w stanie rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności, a co za tym idzie nie posiada niezbędnych informacji do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym. Odwołujący nadmienia, iż jedynym wykonawcą mającym pełną wiedzę dotyczącą niezbędnej integracji jest dostawca aktualnie eksploatowanego przez Zamawiającego systemu, co może postawić takiego dostawcę w uprzywilejowanej pozycji wobec reszty wykonawców z uwagi na fakt, że aby sprostać wymaganiom Zamawiającego musiał dokonać takiej integracji już wcześniej i posiada przygotowane interfejsy wymiany danych ze wskazanymi urządzeniami.

Ponadto, Zamawiający nie przedstawia w formularzu ofertowym miejsca gdzie taka cena powinna zostać wykazana. Przedstawia tylko pozycję:

1. System HIS - zakup, dostawa, wdrożenie, konfiguracja Szpitalnego Systemu Informatycznego (HIS) dla części medycznej, licencje, instruktaż personelu wraz z 60-miesięczną gwarancją

w tym:

2. Bramka do Oprogramowania Serwera Komunikacyjnego wraz z 60-miesięczną gwarancją *

* Termin dostawy i konfiguracji Bramki do Oprogramowania Serwera Komunikacyjnego na wezwanie Zamawiającego do 6 miesięcy, uzależniony od realizacji projektu „eCareMed” (planowany termin wynikający z aktualnej wersji projektu „eCareMed”: grudzień 2022).

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:

W związku z powyższym, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

1) uzupełnienie SIWZ o kompletną dokumentacją interfejsów, mechanizmów i opisu protokołów wymiany danych tych urządzeń, w tym

podanie szczegółowych danych technicznych niezbędnych do przeprowadzenia integracji wraz z kompletną dokumentacją dotyczącą sposobu komunikacji tych urządzeń (co najmniej zdolność komunikacji, sposób komunikacji, opis transakcji, konstrukcja pliku komunikatu) oraz opisu interfejsów wymiany danych wraz z dokumentacją, zakresu danych do wymiany, 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 urządzeń, 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 urządzeń, 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.

Albo

1) usunięcie z treści SIWZ - załącznika nr 1 do SIWZ – dla Części medycznej e) Obsługa Gabinetów pkt. 62 oraz tożsamy punkt g) Obsługa pracowni pkt. 9 w którym Zamawiający powołuje się na wykonanie integracji systemu z posiadaną przez Zamawiającego aparaturą medyczną.

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 urządzeń, 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 urządzeń, 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.

II. MIGRACJA

Zamawiający w treści SIWZ w części D – Migracja danych – nakłada na Wykonawcę obowiązek w ramach realizacji zamówienia, 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.
4. Migracja danych obejmuje w szczególności:
 - a) przeniesienie danych wszystkich pacjentów z obecnie używanego systemu,
 - b) przeniesienie danych wszystkich pobytów 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.

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 rażąco 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 ustalenie 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.

Dodatkowo niezbędnym jest zapewnienie wszystkich sprawozdawanych danych w ramach komunikatów ŚWIAD. 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 jakiegokolwiek 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.:**
 - ilości i rodzajów baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe, itp.;
 - struktury poszczególnych baz danych;
 - rozmiaru 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.);
- dla zapewnienia możliwości migracji danych rozliczeniowych 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 (o ile istnieją)
 - ID instalacji zestawów,
 - ID instalacji pozycji rozliczeniowej.

oraz

- zapewnienia dostępu do wszystkich sprawozdawanych danych w ramach komunikatów ŚWIAD,
- dla każdego zestawu przedstawienia statusu potwierdzenia zestawu świadczeń oraz statusu pozycji rozliczeniowych z podaniem kolejności ich potwierdzeń w formie niezaszyfrowanej,
- 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.
- przekazania numerów wersji komunikatu ŚWIAD dla których dane zestawy był ostatnio pozytywnie potwierdzone przez NFZ.

albo

3) 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**.

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 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 przerwaniu 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 miałby 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 wskazuje 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.

IV. KRYTERIA OCENY OFERT

Zgodnie z SIWZ:

W odniesieniu do Wykonawców, którzy spełnili postawione warunki Komisja Przetargowa dokona oceny ofert na podstawie następującego kryterium:

LP.	Opis kryterium oceny	Waga kryterium
1.	Cena brutto za przedmiot zamówienia wraz z 60-miesięczną gwarancją	60%
2.	Cena brutto za 60-miesięczny serwis pogwarancyjny na warunkach gwarancji	30%
3.	Czas rozwiązania zdarzenia krytycznego, w godzinach	7%
4.	Szyfrowania baz danych	3%

Zamawiający wskazuje, iż tak sformułowane kryteria oceny ofert naruszają zasadę, iż cena jako kryterium o wadze przekraczającej 60% może być stosowana wyłącznie przy spełnieniu określonych przesłanek, których Zamawiający nie dopełnił. Wskazać należy, iż całość wykonania przedmiotu umowy odpowiada całości ceny, więc łącznie Zamawiający ustalił kryterium ceny na poziomie 90%.

Tak ustalone kryterium ceny nie pozwala również na wybór oferty najkorzystniejszej. Poniżej Odwołujący przedstawia czysto teoretyczną sytuację, w której oferty o tej samej cenie łącznej, zbieżne również w zakresie kryteriów 3 i 4 - otrzymują różną punktację. Nietrudno sobie wyobrazić też symulację, w której to oferta sumarycznie droższa – wygrywa, pomimo zaoferowania tożsamyh wartości w kryterium 3 i 4.

		OFERTA 1	OFERTA 2	PUNKTY:	
	SUMA	1 400 000,00 zł	1 400 000,00 zł	70	83,33333333
1	60%	1 000 000,00 zł	500 000,00 zł	30	60
2	30%	400 000,00 zł	900 000,00 zł	30	13,33333333
3	7% 7	max.	max.	7	7
4	3% 3	max.	max.	3	3

W połączeniu z treścią formularza ofertowego SIWZ obliguje 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.

WNIOSEK:

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez usunięcie z kryteriów oceny ofert ceny serwisu pogwarancyjnego, zastosowanie 60% kryterium ceny oferty oraz dostosowanie kryteriów oceny ofert do wymogów PZP tak, aby prowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej.

V. WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej:

a) (...)

*Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się, co najmniej 2 dostawami Systemu HIS dla **placówek leczenia szpitalnego o profilu onkologicznym**, a każde z wykonanych wdrożeń obejmowało co najmniej 2 z poniższych obszarów funkcjonalnych:*

- rozliczenia JGP,
- leczenie szpitalne,
- Ambulatoryjna Opieka Specjalistyczna,
- DILO,
- Radioterpia.

Odwołujący wskazuje, iż nie ma legalnej definicji „profilu onkologicznego”, takie określenie nie ma jednolitego rozumienia (raczej wynika ono z kontekstu i jest określeniem potocznym), a Zamawiający nie wyjaśnia, co poprzez „profil onkologiczny” należy rozumieć.

O ile Wykonawca jest w stanie wyinterpretować z SIWZ, czym jest placówka leczenia szpitalnego na podstawie przepisów art. 2 ust. 1 pkt. 9 – 11) w zw. z art. 8 ustawy z dnia 16 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, o tyle w tej ustawie w ogóle nie ma definicji „profilu onkologicznego” – podobnie jak w innych przepisach (także wykonawczych) z zakresu prawa medycznego. Jest to określenie potoczne, niejednoznaczne, którego znaczenie często wynika po prostu z kontekstu, w jakim zostało użyte. Wykonawca nie wie, czy „profil onkologiczny” wskazany przez Zamawiającego w SIWZ powinien wynikać z postanowień statutu danego podmiotu leczniczego (tylko że sam Zamawiający takich postanowień w swoim statucie nie posiada), czy też wynikać z tego, jakie świadczenia zdrowotne podmiot leczniczy realizuje (przy czym w takim przypadku Zamawiający winien opisać, czym jest świadczenie zdrowotne z zakresu onkologii)? Wykonawca w tym miejscu wskazuje, iż nie spotyka się podmiotów leczniczych, które udzielałyby świadczeń zdrowotnych wyłącznie z zakresu świadczeń onkologicznych (diagnostyka i leczenie onkologiczne), co więcej – zdaniem Wykonawcy takie postawienie warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego (czy też taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego) uniemożliwiłaby powoływanie się na doświadczenie zdobyte przy wdrożeniach w dużych szpitalach klinicznych, które realizują szereg świadczeń z zakresu onkologii (więcej niż małe, specjalistyczne szpitale), w tym świadczenia wysokospecjalistyczne i innowacyjne na skalę Europy. Jest to zatem warunek nadmierny i nieproporcjonalny, gdyż bez wątplenia takie wdrożenia potwierdzają zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia. W ocenie wykonawcy – wobec braku jednoznacznej, precyzyjnej definicji „profilu onkologicznego” – zasadnym jest żądanie modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie tego określenia. Wykonawca w tym miejscu wskazuje, iż kluczowe dla referencji jest wdrożenie 2 z określonych obszarów funkcjonalnych:

- 1) rozliczenia JGP,
- 2) leczenie szpitalne,
- 3) Ambulatoryjna Opieka Specjalistyczna,
- 4) DILO,
- 5) Radioterpia,

które jasno wyspecyfikował Zamawiający i które są wykorzystywane przez podmioty lecznicze udzielające świadczeń z zakresu diagnostyki i leczenia onkologicznego.

DILO to określenie obszaru funkcjonalnego pozwalającego pacjentowi zrealizować uprawnienia, o których mowa w art. 32a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych:

*Świadczeniobiorca, u którego lekarz podstawowej opieki zdrowotnej albo lekarz udzielający ambulatoryjnych świadczeń specjalistycznych stwierdził podejrzenie nowotworu złośliwego lub miejscowo złośliwego, ma prawo do diagnostyki onkologicznej na podstawie **karty diagnostyki i leczenia onkologicznego** bez skierowania, o którym mowa w art. 32.*

Ten element opisu warunku udziału w postępowaniu jest jasny i precyzyjny – co więcej wystarczający i proporcjonalny, pozwalający Zamawiającemu jednoznacznie zweryfikować zdolność techniczną wykonawcy do wykonania zamówienia.

WNIOSEK:

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez usunięcie z treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej określenia „o profilu onkologicznym”.

VI. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY

Po zapoznaniu się ze 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.

Zgodnie z 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.

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 odpowiedzialności 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 niestudzne 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, polegającym 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, motyw 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, iż jego zarzut w tym zakresie dotyczy zaniechania wprowadzenia limitacji odpowiedzialności Wykonawcy. Wzór umowy nie przewiduje bowiem ani górnej granicy kar umownych, ani górnej granicy (limitu) odpowiedzialności Wykonawcy. 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. Wykonawca zwraca uwagę, iż brak końcowego terminu naliczenia kary umownej za opóźnienie lub brak limitacji wysokości naliczonej kary umownej do określonej wysokości % wynagrodzenia umownego są sprzeczne z art. 58 w związku z art. 353 ustawy z dnia 24 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. **Zapis taki jest bezwzględnie nieważny.** Jednocześnie Wykonawca wskazuje na orzeczenie Sądu Najwyższego V CSK 640/17, wyrok z 9 listopada 2018 r., z którego wynika, iż brak takich limitów może skutkować uznaniem zawartej umowy za nieważną. Co więcej – 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.